

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

UNIDAD DE POST GRADO

**La escisión de sociedades y el efecto económico de
concentración empresarial**

TESIS

para optar el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

AUTOR

Carlos Oscar Ramos Almeida

Lima -Perú

2007

A

Don Oscar Almeida Landaveri

Mi querido tío,

***en gratitud por el amor y dedicación
brindados en mi formación.***

INDICE

Introducción

- I. Marco Teórico de la Escisión de Sociedades
 - 1.1 Antecedentes de Naturaleza Fiscal
 - 1.2 Nociones y Características
 - 1.3 Escisión Propia o Total e Impropia o Parcial
 - 1.4 El Rol del Proyecto
- II. Los Efectos de Concentración y Desconcentración Empresarial
- III. Del Método Utilizado en la Investigación
 - 3.1 Sujetos
 - 3.2 Instrumentos de Medición Aplicados
 - 3.3 Procedimiento
- IV. De la Investigación Realizada
 - 4.1 Móvil
 - 4.2 Finalidad
 - 4.3 Problema
 - 4.4 Hipótesis
 - 4.5 Variables
 - 4.5.1 V.i. La Reingeniería de la Sociedad
 - 4.5.2 v.d. La Concentración Empresarial
- V. De la Ampliación de la Investigación
 - 5.1 El Entorno Económico 2,002 – 2,006
 - 5.2 Propósito

5.3 Análisis

VI. El INDECOPI y La Libre Competencia

6.1 Control Ex – ante y Ex – post

6.2 Posición de Dominio

6.3 Prácticas Colusorias

6.4 Control de Concentraciones Empresariales

6.5 Propuesta de Control Previo de Fusiones de Sociedades

VII. Conclusiones

7.1 De la Investigación Realizada

7.2 De la Ampliación de la Investigación

VIII. Recomendaciones

8.1 De la Investigación Realizada

8.2 De la Ampliación de la Investigación

IX. Bibliografía

X. Anexos

INTRODUCCION

La escisión de sociedades es uno de los procedimientos previstos en la norma societaria para la reorganización de sociedades. Es utilizado generalmente para obtener la desconcentración de una empresa que ha alcanzado tal magnitud que se torna dificultosa su administración y operatividad y que en determinados supuestos se presenta como un mecanismo para la obtención de la concentración de empresas.

Nos anima investigar en qué casos los efectos de la escisión produce la concentración empresarial, fenómeno trascendental de naturaleza económica del presente siglo, a través del cual las empresas logran aglutinar capitales, tecnologías, organización, socios, inversores para asegurar mayores utilidades.

Paralelamente existe otro proceso de reorganización de mayor identificación conocido como fusión de sociedades, creado por el Derecho como la forma más completa de concentración empresarial. Efectivamente, esto es fácil de apreciar en las múltiples fusiones producidas localmente y también las que han acaecido internacionalmente como consecuencia de este mundo globalizado, en especial, las denominadas mega-fusiones, que han concentrado corporaciones transnacionales de gran envergadura.

La escisión, proceso comúnmente opuesto al de la fusión, genera el desmembramiento de una sociedad mediante el reparto de su

patrimonio entre varias empresas y configura así lo que en la economía moderna se conoce como desconcentración empresarial.

La diferencia notoria entre ambos procesos, radica en que la escisión es un mecanismo societario más complejo, lo que es reconocido ampliamente por la doctrina y con el cual habitualmente se busca la desconcentración empresarial.. Por decirlo de alguna manera, una mayoría acentuada, utiliza este proceso para desconcentrar empresas, existiendo para ello un tipo ad-hoc de escisión llamada ***impropia o parcial*** por la cual la sociedad que se escinde mantiene alguna de sus actividades respaldada por su patrimonio y las demás son transferidas a terceros, que son empresas pre-existentes o que nacen como consecuencia de este desmembramiento.

Pero también es cierto, que en determinados supuestos, la escisión puede producir, y de hecho que lo produce, un efecto económico de concentración de empresas, totalmente contrario al anterior, según el destino que se le dé a los distintos bloques patrimoniales segregados de la sociedad escindente, la cual se extingue como consecuencia. De esta manera, el objetivo económico de este proceso no sería únicamente la desconcentración empresarial, sino que, por ser un mecanismo más variado, puede lograrse también un efecto económico de concentración.

Nuestra investigación se realizó en las ciudades de Lima e Iquitos y con el conocimiento del tema por la práctica profesional, pudimos realizar una búsqueda selectiva, dejando de lado los demás casos en que apreciábamos a simple vista que se trataba de escisiones con efecto de desconcentración, irrelevantes para nuestros propósitos. La

investigación ha tenido aspectos limitantes, constituidos primordialmente por la escasez de procesos, debido probablemente a la falta de conocimiento de esta institución y que con este mecanismo se pueden obtener efectos de concentración de sociedades y también a la imposibilidad de conseguir datos estadísticos en los Registros Públicos, entidad que no dispone de información clasificada.

Cabe destacar que se constituyó en un efectivo apoyo, la ficha documental elaborada conjuntamente con la cátedra y que nos sirvió para una primera y ordenada síntesis de la información que se iba procesando.

De los métodos previstos inicialmente, hemos utilizado preferentemente el deductivo, comparativo, análisis y síntesis, como se podrá apreciar durante el trabajo, habiendo sido de suma y valiosa utilidad para el ordenamiento y clasificación de las muestras y su posterior interpretación.

Esta investigación inicial la hemos ampliado comprendiendo el período 2,002-2,006 y fue realizada en la ciudad de Lima, observándose el mismo procedimiento en la búsqueda de casos y también presentándose las mismas limitaciones comentadas; a pesar que el transcurso de los años nos hacía suponer que el conocimiento del instituto se había incrementado.

Una sociedad inicia el proceso de escisión como respuesta a ciertos factores que empujan a los accionistas a ir en búsqueda de alguna alternativa para permanecer como tal en el universo jurídico-

económico. Teniendo en cuenta que la escisión constituye una modificación de la estructura patrimonial de la sociedad y de las relaciones entre los accionistas, el motivo y fin de toda escisión es la reestructuración de la sociedad, a través de la fragmentación de la misma.

El nuevo entorno económico fruto de la globalización en el que están inmersas las empresas de nuestra región, presenta grandes desafíos para los empresarios en general, asimismo, el nuevo ambiente económico ha dado lugar a alianzas estratégicas entre las empresas, materializadas en escisiones de sociedades orientadas a fortalecerse mediante una estructura de negocios más adecuada. En nuestro país, ya existe la norma que regula el proceso de escisión de sociedades mercantiles y también existen dispositivos y procedimientos técnicos para su registro y contabilización, apoyados en un mayor conocimiento y mejor utilización de las Normas Internacionales de Contabilidad¹.

Tanto la fusión como la escisión de sociedades implican instrumentos legales que el legislador ha puesto al servicio de la reestructuración de la empresa. Ambos mecanismos tienen por finalidad la adaptación y adecuación de la estructura económica y jurídica de la empresa a las circunstancias mutantes del entorno económico en el que ella desarrolla sus actividades. En el aspecto económico, ambos instrumentos

¹ *Las Normas Contables se han constituido en importantes herramientas para la toma de decisiones y realización de mejores negocios. Con la globalización se ha generado una permanente demanda de normas contables de calidad que den transparencia y permitan comparar la información y para armonizar el lenguaje contable internacional el Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB) tiene el encargo de emitir pronunciamientos técnicos, llamados Normas Internacionales de Contabilidad (NICs) las que deben ser de cumplimiento general. El trabajo de este comité es importante y a la fecha existen 39 NICs emitidas, de las cuales 34 NICs han sido oficializadas para nuestro país y son de cumplimiento obligatorio para el Perú por mandato de la Ley General de Sociedades que estableció que, a partir de enero de 1998, los estados financieros deben ser preparados de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados, los cuales comprenden a las NICs.*

constituyen una manifestación de la tendencia general hacia la concentración de las fuerzas económicas que caracteriza a la cada vez más expansiva economía moderna. En su aspecto jurídico, una y otra figura se agrupan con otras modificaciones sustantivas como la transformación, formando todas parte del proceso de reorganización de sociedades.

La empresa moderna es por naturaleza un ente dinámico sujeto a las variaciones del medio en que se desenvuelve. No es un ente aislado que pueda por sí solo operar sin estar vinculado con las circunstancias generales que produce este entorno en el que actúa. Todo lo contrario, su existencia está condicionada a los vaivenes de un mercado exigente y cambiante, por lo que puede afirmarse que la empresa no es solo un agente económico que influye en la organización del mercado, sino que es fiel reflejo de las fuerzas que convergen a él.

Mediante los procesos de fusión y escisión, las empresas intentan alcanzar la adecuación entre las dimensiones estructurales de la propia empresa con la medida óptima de su actividad y del mercado. Estas operaciones resultan ser instrumentos de racionalización que sirven para adaptar las estructuras empresariales existentes a las nuevas condiciones del mercado, a la mayor rentabilidad de tales estructuras, al avance tecnológico, etc.

Desde esta perspectiva, se entiende el por qué una empresa busque en forma permanente la adaptación a su entorno a través de diversas estrategias empresariales de crecimiento que le permita aprovechar las posibilidades de desarrollo y expansión que le ofrece el mismo

mercado. En gran medida, la optimización de la empresa está en función directa de la forma de adaptación que ha logrado alcanzar. Ello exige al empresario la continua búsqueda del tamaño adecuado de la unidad económica y jurídica que le conviene a la empresa.

Los problemas que suelen presentarse en determinado momento como la falta de eficiencia, alto costo administrativo, pérdida de competitividad o disminución del dinamismo en la gestión, tornan demasiado difícil la organización, se hace incontrolable y genera demora en la toma de decisiones afectando los rendimientos.

También pueden presentar una necesidad de saneamiento de su estructura en la que actividades claramente deficitarias o necesitadas de una organización estructural distinta, ponen en peligro la subsistencia de otras líneas de negocios rentables de la misma empresa.² Igualmente pueden requerir de mecanismos para la disolución de operaciones de fusión realizadas anteriormente y que luego ya en la práctica resultaron inconvenientes y surge la necesidad de retornar al estado anterior al proceso de integración de estructuras empresariales y jurídicas de las empresas fusionadas.³

² Una razón para que se haya presentado tanta reestructuración durante los últimos años, ha sido una sobrediversificación previa. Hay bastante evidencia que durante el apogeo del movimiento de diversificación corporativa, muchas compañías se diversificaron en exceso., es por ello que proceden a reestructurar sus operaciones desistiendo de sus actividades diversificadas y se concentran más en su área principal de negocios. En la mayoría de los casos de decadencia corporativa se destacan como causas importantes la administración deficiente, el exceso de expansión, los altos costos, el surgimiento de la nueva competencia y la inercia organizacional. Charles W. L. Hill y Gareth R. Jones, *Administración Estratégica un Enfoque Integrado*, 3ª. Edición, McGraw-Hill, Bogotá, 1996, Páginas 304 y 308.

³ Desde la década pasada, se observa el elevado índice de fracasos de fusiones y adquisiciones experimentados en el mundo, en los que aproximadamente la mitad de las fusiones realizadas han terminado con una reversión de la decisión. En nuestro país ya se han presentado casos de grandes fusiones que han terminado mediante procesos de escisión.

Ante este panorama, los primeros en tomar acción son los administradores quienes pretenden una estructura distinta y la incorporación de tecnologías y socios que le permitan afrontar en mejores condiciones el reto de la competencia que le plantea el mercado globalizado. Procuran para sí, un asesoramiento multidisciplinario,⁴ para atender este conjunto de indicadores de la crisis y resolver los problemas de competitividad, manejo de recursos financieros, rentabilidad, aprovechamiento de los recursos humanos, mejor organización y dinamismo.

Surge la necesidad impostergable de efectuar una reingeniería de la empresa⁵ como única solución y la escisión como uno de los mecanismos más importantes de la reorganización de sociedades. Este procedimiento es complejo, de múltiple motivación y cuyos objetivos también son diversos, pudiendo concentrar empresas, separar grupos económicos, o lograr fines de racionalización y especialización, produciendo efectos jurídicos y económicos que pueden ser algunas veces de desconcentración, o de concentración o también de especialización empresarial.

La escisión es una herramienta de mucha utilidad e importancia para la reorganización de empresas, con el fin de alcanzar objetivos

⁴ *Indispensable en todo proceso de reorganización de sociedades, que supone el concurso de otros profesionales como contadores , auditores, economistas entre otros, quienes conjuntamente con administradores y abogados tienen la responsabilidad de llevar adelante la ejecución del proceso. Es la tendencia actual que no admite la gestión exclusiva del abogado y que facilita la implementación de conceptos técnicos modernos y diversos que brindan resultados. De allí que se está direccionando estos procesos reorganizativos a oficinas asesoras y consultoras de empresas y no solamente a estudios de abogados.*

⁵ *La reingeniería de los procesos de negocios críticos para la estrategia, con el fin de reducir la fragmentación de las líneas departamentales tradicionales, reestructurar la organización y los gastos generales burocráticos, ha demostrado ser un instrumento legítimo para el diseño de la organización. La reingeniería puede producir impresionantes ganancias en la productividad y en la capacidad organizacional*

económicos y societarios de gran trascendencia para las personas jurídicas y naturales involucradas; permitiéndole al empresario, disponer de mecanismos para la reinserción en el mercado local y exterior de condiciones competitivas de precio, calidad, cantidad y oportunidad; logrando así una mejor utilización de su patrimonio en la creación de riqueza.

Cabe señalar que al legislador le interesa que las empresas produzcan más y mejor, razón por la cual en todos los países el ordenamiento jurídico no sólo evita poner trabas a la reorganización empresarial, sino que provee de los medios necesarios para estimularla y facilitar su ejecución. Al Derecho le cabe desempeñar un rol fundamental, el de ordenar, guiar a las demás disciplinas aplicables y organizar las relaciones jurídicas que emanan de los diferentes procedimientos de reorganización, otorgando la debida seguridad jurídica para preservar los derechos de todas las personas intervinientes.

Vemos pues como el Derecho no es ajeno a esta exigencia de adaptación de la estructura de la empresa. El ordenamiento jurídico y la doctrina han ido definiendo el marco normativo que sirva de sustento a los procesos generados en la práctica empresarial procurando fundamentalmente una simplificación de su formulación jurídica. A esta finalidad responde nuestro Derecho Comercial a través de mecanismos como la transformación, fusión, escisión, reorganización simple y figuras combinadas y múltiples, que inciden tanto en su estructura económica como en la jurídica.

I. MARCO TEORICO DE LA ESCISION DE SOCIEDADES

1.1 ANTECEDENTES DE NATURALEZA FISCAL

No debemos olvidar la importancia que, adicionalmente a los argumentos comentados, le cabe al aspecto fiscal presente siempre en los procesos de reorganización de sociedades y gran motivador de los mismos. Realmente, en la mayoría de países las transformaciones, fusiones y escisiones de sociedades han sido anteceditas por normas de Derecho Tributario constituyéndose en el derrotero a seguir. En la mayoría de ordenamientos, la legislación tributaria ha sido más flexible y coyuntural que el Derecho Mercantil y se ha constituido en la primera regulación en prestar atención a esta institución para dispensarle un preferente tratamiento fiscal.

Ninguno de estos mecanismos de reorganización han podido concretarse sino han tenido un marco tributario que le ha concedido el debido soporte y beneficio. Por ello, para Medrano⁶, el régimen tributario frecuentemente es el aspecto más importante en la evaluación de los empresarios para tomar decisión de reorganizar la empresa.

Estratégica, 11ª. Edición, McGraw-Hill, México, 2001, Página 313.

⁶ *Medrano Cornejo Humberto, Fusión, Escisión, Costo Computable y vida útil de los bienes revaluados, Revista Análisis Tributario, Noviembre 1999, Lima, Página 10.*

Es cierto que de no existir normas tributarias concesorias de beneficios, sería difícil el pago de los impuestos que gravan las transferencias que genera la escisión y por lo tanto materialmente imposible la realización de este proceso reorganizativo, ya que el costo fiscal de la operación sería insoportable. Debe tenerse presente, que lo busca la escisión es la reorganización de sociedades para hacerlas más eficientes y competitivas, mas no la obtención de ganancias en la operación⁷, por lo que no debería pretenderse gravar estos procesos, manteniéndose más bien los incentivos tributarios.

En distintos países, el mecanismo de la escisión o división de sociedades se hizo presente en normas de naturaleza tributaria las que solían establecer beneficios fiscales conjuntamente para procesos de fusión y escisión. Las primeras manifestaciones las encontramos en Francia con el Decreto de 30 de Junio de 1942⁸. En Italia, el Real Decreto Ley de 13 de Noviembre de 1931 sobre formas de concentración y reestructuración de empresas que establece un conjunto de normas sustantivas y fiscales. En España, la Orden de 5 de Abril de 1965 que determina el procedimiento para conceder los beneficios fiscales previstos para la concentración de empresas, el Decreto Ley de 3 de Octubre de 1966, Decreto de 25 de Noviembre de 1971 que unifica la normativa fiscal en materia de concentración, Ley de 26 de Diciembre de 1980 sobre régimen fiscal de las fusiones de

⁷ *Elías Laroza, Enrique, Derecho Societario Peruano, Tomo III, Editorial Normas Legales, Perú., Página. 978.. Compartimos esta opinión, sin embargo en nuestro país actualmente, continúan realizándose estos procesos aún sin contar con estos beneficios, gestándose más bien, en las necesidades de ejecutar planes de reingeniería de la empresa. Pero también no debe dejar de mencionarse que en la mayoría de acuerdos de escisión ya no se le atribuyen mayores valores a los bienes o patrimonios que se transfieren via revaluaciones voluntarias, precisamente por la eliminación de los incentivos tributarios, resultando ahora gravados con el Impuesto a la Renta.*

⁸ *Según Otaegui La Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales, Página 238, fueron los abogados de empresas los que solicitaron al legislador que los beneficios del régimen de las fusiones, se extendieran a la división de sociedades.*

empresas, la cual se refiere ya de manera concreta a la escisión y su Reglamento aprobado por el Real Decreto de 24 de Julio de 1981.

Por lo que respecta al Derecho Anglosajón, en el Reino Unido tenían reconocidos algunos beneficios fiscales en el contexto conocido como *demergers* en el Finance Act 1980, sec. 117 y ap. 18. En Estados Unidos, la ley reconoce el término amplio de *divise reorganisation* de carácter fiscal, para cuyos casos el Internal Revenue Code de 1954 prevé un tratamiento fiscal preferente. Finalmente, en Argentina se consideró al proceso de escisión en el ordenamiento fiscal antes que en el societario, así la Ley 18527 sobre impuestos a los réditos y su Decreto Reglamentario 466/71, contienen referencias expresas a procesos denominados división de empresas.⁹

En nuestro país, también se dio este fenómeno siendo tratado este proceso con anterioridad por diversas normas tributarias antes de su acogimiento por la norma societaria. El Decreto Ley 25751, Ley del Impuesto a la Renta Artículos 107 al 113 trataba en forma expresa a la reorganización de empresas, comprendiendo a los procesos de fusión y **división**, término con el que denominaba a la escisión. Cabe destacar que en la doctrina el término **división** es considerado sinónimo de **escisión**. Este mismo concepto fue acogido por el Decreto Legislativo 774, Ley del Impuesto a la Renta, Artículos 103 a 108. Del mismo modo, la Ley del Impuesto General a las Ventas, aprobado por el Decreto Legislativo 821 y el Decreto Supremo reglamentario 136 de 31 de Diciembre de 1996, hicieron referencia a la reorganización de empresas.

⁹ Oleo Banet, Fernando, *La Escisión de la Sociedad Anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, Pags. 35/39.

Posteriormente y antes de la dación de la vigente LGS, existió un tratamiento tributario especial para las fusiones y divisiones de empresas. Este régimen fue creado por los Decretos Leyes 25601 y 25877 y la Ley 26283 que fue prorrogada anualmente. Ni esta ley ni su Reglamento, el Decreto Supremo 120-96-EF definen a la división de empresas, debiéndose suponer que se refieren al proceso de escisión por sus alcances similares.

En la actualidad, nuestro ordenamiento jurídico tributario regula favorablemente las escisiones a través del Impuesto General a las Ventas y el Impuesto a la Renta. En efecto, el Artículo. 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas, Decreto Legislativo 821 y el Artículo 2 Numeral 7 de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 136-96-EF, disponen que las transferencias patrimoniales originadas por una escisión de sociedades no está afecta a este impuesto. Si bien estas normas incluyen definiciones que no coinciden con la LGS, ya que fueron promulgadas con anterioridad a su entrada en vigencia, no existe duda que los conceptos de reorganización de empresas a los que hace referencia, son los que ahora define la norma societaria y que aún en los casos en que difiere la terminología que utilizan, como es el caso de *división por escisión*, entendemos que serán debidamente identificados por la Administración Tributaria, calificando al mecanismo de escisión como uno de los procesos de reorganización de sociedades al que se refiere la ley tributaria.

En cuanto al Impuesto a la Renta, hasta el año que entró en vigor la LGS, co-existieron dos regímenes legales que se distinguían entre sí

por la provisionalidad de uno de ellos, el de la Ley 26283 y ampliatorias, y el régimen permanente previsto en la Ley del Impuesto a la Renta.

Respecto al régimen provisional regulado por la citada Ley 26283 y su Reglamento el Decreto Supremo 120-94-EF, disponían que las transferencias patrimoniales, como consecuencia de acuerdos de escisión de sociedades que producían una ganancia debido al mayor valor que se le atribuía a los bienes objeto de transferencia, no estaba afecto a este impuesto y que el costo computable de dichos bienes en la sociedad beneficiaria era el establecido en los acuerdos de escisión y no los valores que tenían en la sociedad escidente¹⁰.

Esta ley, al igual que la del Impuesto General a las Ventas, no contenía el concepto escisión, refiriéndose en cambio a procesos de fusión y *división* y además con la desventaja que tampoco definía a esta última. Posteriormente y aún sin subsanar esta omisión, con fecha 9 de Diciembre de 1996 se expide el Decreto Supremo 120-96-EF que aprueba normas complementarias de la ley en comentario y de sus ampliatorias y señala que este régimen provisional era de aplicación a los procesos de fusión, división o **escisión** de sociedades; es decir, incorpora recién en nuestra norma tributaria el instituto de la escisión.

Respecto al régimen permanente, la Ley 27034 vigente a partir del 01 de Enero de 1999, ha efectuado modificaciones a la Ley del Impuesto a la Renta con la finalidad de regular en forma permanente el marco

¹⁰ *Este marco legal generó una cantidad muy importante de ejecución de procesos de fusión principalmente y de escisión, secundariamente, tanto por permiti la atribución de valor patrimonial a los bienes, cuanto exonerar de impuestos a las ganancias fruto de las revaluaciones realizadas. Eliminado este incentivo, decrecieron notablemente estos procesos, habida cuenta que perdieron el atractivo fiscal que gozaban con este régimen.*

tributario aplicable a los procesos de escisión de sociedades. También incorpora el término escisión como consecuencia de encontrarse vigente la LGS, pero grava con el pago de este impuesto a las revaluaciones voluntarias que se realicen en estos procesos.

En nuestra opinión, fue totalmente inconveniente que la norma tributaria que regulaba con varios beneficios a la escisión de sociedades, suprimiera un régimen fiscal con incentivos que venia haciendo viable este mecanismo tan necesario y útil para una efectiva reorganización de sociedades.

1.2 NOCIONES Y CARACTERISTICAS

La escisión de sociedades es un concepto nuevo en el Derecho Societario, introducido recientemente en algunos ordenamientos nacionales como consecuencia de la necesidad de abrir nuevos cauces jurídicos a la reorganización y adaptación de la empresa a su entorno económico. Por ello carece la doctrina de la tradición suficiente que permita considerar ya consolidada la identificación e individualización de esta figura dentro del círculo de instituciones tradicionales del Derecho de Sociedades. Por su parte, tampoco el legislador le ha prestado la debida atención hasta tiempos recientes, habiéndose limitado a dictar disposiciones fragmentarias para supuestos concretos y de naturaleza eminente fiscal.¹¹

¹¹ *Es por ello que a la escisión se le considera como una de las manifestaciones de ese continuo proceso de optimización y adaptación de la empresa al mercado, como ya ha quedado dicho. Al lado, y en una función precursora al igual que en otros ordenamientos, la norma tributaria, más coyuntural que la norma mercantil, reguló con anterioridad a las instituciones de reorganización de sociedades y les otorgó un preferente y beneficioso tratamiento fiscal.*

El primer antecedente legal en el campo societario fue la Ley de Sociedades de Francia del año 1966, pero fue antecedido, como en casi todas las legislaciones, por normas de carácter fiscal. Efectivamente, en los años cuarenta y cincuenta, el legislador francés, atendiendo a razones estrictamente económicas, fue extendiendo los beneficios tributarios vigentes para los procesos de fusión a favor de operaciones ya existentes de división o desmembramiento de sociedades, que realmente fue lo que impulsó para la dación de un marco normativo exclusivamente de carácter societario para las escisiones, que se materializó con la citada ley.

No obstante el intenso debate que existió en aquella época, la doctrina adoptó definitivamente el criterio que la legislación francesa fue la precursora de las normas societarias sobre la institución de la escisión de sociedades.

Esta institución no estuvo regulada en nuestra ley derogada, a pesar que ya se encontraba aceptada por la doctrina y por las legislaciones francesa- como acaba de comentarse - portuguesa, italiana, española e inclusive mexicana, entre otras. Sin embargo, en la práctica se ejecutaban procesos de escisión con las dificultades, claro está, derivadas de la ausencia de la tipificación de sus caracteres distintivos y especialmente de las pautas del procedimiento a seguir, frustrándose inclusive, la formalización de los procesos de reorganización societaria realizados a través de este mecanismo con tales propósitos.

Es la nueva LGS vigente la que introduce en la legislación societaria peruana esta novísima regulación: ***el proceso de escisión de sociedades*** como instrumento de gran importancia en la reorganización de sociedades.

Veamos cómo define la doctrina a este instituto. Para Rafael Guasch Martorell ¹² la escisión es:

“...la operación del derecho de sociedades consistente en fragmentar total o parcialmente el patrimonio de una sociedad en una o más partes, transmitiendo en bloque cada fracción patrimonial escindida a una o varias sociedades existentes o de nueva creación, mediante la atribución a los socios de la sociedad escindida de acciones o participaciones procedentes de la sociedad o sociedades beneficiarias.”

El jurista Julio César Otaegui ¹³ define la escisión del modo siguiente:

“...La escisión estriba fundamentalmente en el desdoblamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio en varias personas jurídicas, y en el caso de sociedades con la atribución de los socios de la sociedad escidente del carácter de socios de la sociedad escisionaria.”

Para Sasot y Sasot ¹⁴ la escisión es:

¹² Guasch Martorell, Rafael, *La Escisión de Sociedades en el Derecho Español*, Editorial Civitas, Madrid, 1993, Página. 69.

¹³ Otaegui, Julio César, *Ob. Cit.*, Página 235

¹⁴ Sasot Betes Miguel y Sasot Miguel P., *Sociedades Anónimas Constitución, Modificación y Extinción*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982, Páginas 592-593.

“...Un instituto jurídico que regula la segregación de una porción del patrimonio activo de una sociedad comercial en funcionamiento para destinarla a la formación de una nueva sociedad o incorporarse a una sociedad pre-existente.”

Señala Rodrigo Uría ¹⁵que:

“... se entiende por escisión: i) la extinción de una sociedad anónima, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente. ii) la segregación de una o varias partes del patrimonio de una sociedad anónima sin extinguirse, traspasando en bloque lo segregado a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes.”

Dentro de esta evolución doctrinaria respecto de la definición de escisión, nuestra LGS contiene en su Artículo 367 su propia definición

“Artículo 367.- Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo con los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley.”

Así, podríamos entonces considerar a la escisión como ***el proceso mediante el cual una sociedad secciona su patrimonio en bloques que los transfiere a otras sociedades pre-existentes o creadas para***

¹⁵ Uría, Rodrigo, *Curso de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, Página 1268.

recepccionarlos, trasladando la participación accionaria de la sociedad que se escinde a las sociedades beneficiarias.

De ello resultan como elementos distintivos de esta institución:

1. La división del patrimonio de la sociedad en dos o más bloques patrimoniales.
2. La transmisión de cada uno de los bloques segregados del patrimonio a favor de sociedades nuevas o pre-existentes.
3. La incorporación de los accionistas de la sociedad escindida en el cuadro accionarial de las sociedades beneficiarias.¹⁶

No es de la misma opinión Elias Laroza al afirmar que la doctrina no es unánime en señalar con precisión los caracteres esenciales de una escisión. Para él las características son las siguientes:

1. La transmisión de patrimonios en bloque, de las sociedades escindentes a las beneficiarias, bajo la forma de bloques patrimoniales, lo que no significa sucesión a título universal con respecto a éstos últimos.
2. La extinción de la personalidad jurídica de la sociedad existente, en la escisión total o propia, sin que ello importe disolución i liquidación de la misma.

¹⁶ *Estos constituyen los tres presupuestos legales de la escisión de sociedades en el Derecho Español según Guasch Martorell, quien sostiene además, que de no cumplirse alguno de estos elementos mencionados, la operación realizada no será jurídicamente una escisión de sociedades, sino que se tratará por el contrario de una “escisión impropia”. De manera que, no constituyen supuestos de escisión, la transmisión en un solo acto de la totalidad del patrimonio de la sociedad.*

Con ello, agrega, hemos querido advertir que los elementos esenciales de toda operación escisoria en nuestro derecho positivo son los únicamente los señalados, tratándose en los demás supuestos de actos jurídicos complementarios de la escisión. Guasch Martorell, Rafael, Ob. Cit. Páginas 71-72.

3. La subsistencia de la persona jurídica escidente, en la escisión parcial o impropia con el consiguiente ajuste de su capital.
4. La formación del capital social de las sociedades beneficiarias de la escisión, cuando se trata de beneficiarias nuevas. Y el aumento de capital de las sociedades beneficiarias pre-existentes.
5. La entrega de las acciones o participaciones que sean emitidas por las sociedades beneficiarias, a favor de los socios de la sociedad escidente.¹⁷

La doctrina ha polemizado mucho sobre las formas de ejecutar la escisión de sociedades, pero se ha logrado consenso en establecer que puede clasificarse en propia o impropia, según subsista o se extinga la personalidad jurídica de la sociedad escidente; criterio que ha recogido nuestra reciente norma societaria¹⁸ y que analizaremos más adelante.

Como hemos visto, la escisión implica una modificación de carácter jurídico de las estructuras de las sociedades, esta reestructuración jurídico societaria es pues, fiel reflejo de los cambios que se producen en las organizaciones empresariales. Esto suele determinarse según las

¹⁷ *Nos parece que la calificación de caracteres esenciales o distintivos, si también así se le quiere llamar, conlleva a la concurrencia de estos elementos en forma necesaria, para que se trate de un proceso de escisión. En tal sentido, coincidimos con Guash Martorell cuando refiere que hay que tener cuidado con tipificar como elementos esenciales de la escisión a una serie de aspectos que son considerados incorrectamente como tales.*

En efecto, destaca entre éstos la extinción de la sociedad escidente, referida en el numeral 2 acotado, que no constituye una característica esencial de la escisión, sino una consecuencia de una de sus modalidades : la escisión total. Igualmente sucede con los socios de la sociedad escidente ,numeral 5, que no tienen por qué convertirse en socios de todas las sociedades beneficiarias, sino que puedan serlo simplemente de una o de más de las sociedades receptoras del patrimonio escindido.

¹⁸ *En efecto, el Art. 367 de la Ley 26887, Ley General de Sociedades contempla la llamada escisión propia o total mediante la cual la sociedad escidente divide la totalidad de su patrimonio en dos o más bloques que se transfieren a otras sociedades beneficiarias y se extingue.*

circunstancias particulares de su entorno comercial, de los recursos y de la tecnología correspondiéndole a los órganos de gestión procurar el tamaño más adecuado para esa estructura. Ello ha generado que los empresarios con mayor frecuencia planifiquen y ejecuten cambios estructurales respecto solo a sectores parciales de la empresa, de allí que en el nuevo ordenamiento de la misma forme parte las transmisiones de fragmentos patrimoniales en la división de empresas, constituyendo así diferentes opciones de reorganización empresarial.

1.3 ESCISION PROPIA O TOTAL E IMPROPIA O PARCIAL

Cabe destacar que ha sido intensa la discusión en la doctrina sobre las formas que puede adoptar la escisión, centrándose el debate tanto en los aspectos de forma como de fondo, destacando dentro de estos últimos la polémica de si solo a la escisión propia o total se le puede considerar como un proceso de este tipo.

Para Duque Domínguez, aún cuando para la agrupación de los supuestos de escisión siga predominante el criterio del carácter total o parcial de la escisión, cree que este criterio es insuficiente para dar cuenta de todas las modalidades de escisión y habrá que atender al criterio de la creación de nuevas sociedades o del aprovechamiento de otras ya existentes, así como al criterio de la distribución de las participaciones de las sociedades resultantes de la escisión entre los socios de la sociedad escindida¹⁹

El Art. 368 de esta ley, regula la escisión impropia o parcial por la cual la sociedad escidente conserva uno de los bloques patrimoniales y su personería jurídica.

¹⁹ *Duque Domínguez, Justino F., La Escisión de Sociedades, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Rodrigo Uría, Editorial Civitas, Madrid, 1978, Página 138.*

Dentro de los criterios de clasificación que propone Guasch²⁰ para encuadrar sistemáticamente los supuestos más frecuentes de escisión, se encuentra el referido a la transmisión total o parcial del patrimonio de la sociedad que se escinde, que provoca respectivamente la extinción o la continuidad de la sociedad en proceso de escisión.

En la misma dirección, Uría, Menéndez e Iglesias²¹ sostienen que las diferencias estructurales de las distintas formas o modelos de escisión se refieren fundamentalmente al carácter total o parcial de la escisión, es decir, con extinción o no de la sociedad que se escinde y a la creación de nuevas sociedades resultantes de la escisión o a la participación de las sociedades beneficiarias ya existentes.

Nosotros compartimos el criterio de establecer solo dos modalidades en base a si se trasmite parte o todo el patrimonio, estimando irrelevante que las destinatarias sean sociedades nuevas o pre-existentes; razón por la cual nos identificamos plenamente con la posición adoptada por nuestro Derecho Societario de fijar únicamente dos modalidades de escisión referidas con toda precisión en la norma. Estas se distinguen entre sí esencialmente por la subsistencia o la extinción de la sociedad escidente, constituyendo esto el aspecto sustantivo y particular de cada uno de las dos formas que a continuación evaluaremos.

La Escisión Propia o Total, supone necesariamente la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde, de allí su nombre de total y la transmisión también total de su patrimonio en bloque a las

²⁰ Guasch Martorell; Ob. Cit. Página 73.

²¹ Uría Rodrigo, Menéndez Aurelio e Iglesias Prada Juan Luis, *Fusión y Escisión de Sociedades, Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1999, Página 1271.*

sociedades beneficiarias. Esta transmisión que genera la extinción, es el aspecto primordial que distingue a este tipo de escisión. Las siguientes son sus características:

- ❖ Extinción de la personería jurídica de la sociedad escidente como consecuencia de la escisión, aspecto que conviene destacar dado que es allí donde radica una de las diferencias entre las dos grandes modalidades de escisión contempladas por la LGS.
- ❖ División de todo el patrimonio de la sociedad escidente en dos o más bloques y entrega a sociedades beneficiarias.
- ❖ Las sociedades beneficiarias con los bloques patrimoniales pueden ser sociedades pre-existentes o de nueva creación o de ambas clases a la vez.
- ❖ En el caso de sociedades beneficiarias nuevas, el capital social inicial será igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y consecuentemente deberá emitir acciones o participaciones, según sea el caso, por dicho importe.
- ❖ En el caso de sociedades beneficiarias pre-existentes, el capital social se incrementará por un importe igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial recibido y deberá emitir acciones o participaciones, según sea el caso, por dicho monto.
- ❖ Atribución de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde, en la misma proporción que éstos tenían en el capital de ésta, salvo pacto en contrario que pueda establecer otra participación distinta en cada sociedad beneficiaria. Además se puede convenir que uno o más socios no reciban acciones o participaciones de una o más de las

sociedades beneficiarias, permitiendo así el reagrupamiento de socios en estas últimas.

La Escisión Impropia o Parcial supone la transmisión parcial del patrimonio de una sociedad fragmentado en una o más partes, conservando una de estas porciones patrimoniales, subsistiendo la sociedad escidente tras la realización de la escisión.

Se le denomina impropia por constituir una modalidad que no cumplía con la característica esencial de toda escisión, la cual era la extinción de la sociedad escidente, conforme se consideraba antiguamente. Como quiera que la sociedad subsiste después de culminado el proceso, de allí su nombre de impropia.

Se caracteriza por:

- ❖ La primera característica de la escisión parcial consiste en que la sociedad cuyo patrimonio se segmenta en partes no se extingue, sino que a diferencia de lo que acontece en la escisión total, subsiste después de terminado el proceso de escisión.
- ❖ Segregación del patrimonio de la sociedad que se escinde en dos o más bloques patrimoniales que se transfieren a una o varias sociedades beneficiarias, con el correspondiente ajuste del capital de la sociedad escidente.
- ❖ Las sociedades beneficiarias con los bloques patrimoniales pueden ser sociedades pre-existentes o de nueva creación o de ambas clases a la vez.

- ❖ En el caso de sociedades beneficiarias nuevas, el capital social inicial será igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial que recibe y consecuentemente deberá emitir acciones o participaciones, según corresponda, por dicho importe.
- ❖ En el caso de sociedades beneficiarias pre-existentes, el capital social se incrementará por un importe igual al valor neto adjudicado al bloque patrimonial recibido y deberá emitir acciones o participaciones, según corresponda, por dicho monto.
- ❖ Atribución de las acciones o participaciones de las sociedades beneficiarias a los socios de la sociedad que se escinde, en la misma proporción que éstos tenían en el capital de ésta, salvo pacto en contrario que pueda establecer otra proporción distinta en cada sociedad beneficiaria. Además se puede convenir que uno o más socios no reciban acciones- o participaciones de una o más de las sociedades beneficiarias, permitiendo así el reagrupamiento de socios en estas últimas.

1.4 EL ROL DEL PROYECTO

Otra de las innovaciones que la LGS incorpora a nuestro ordenamiento societario es el Proyecto de Escisión, instrumento que contiene el resultado de las negociaciones sostenidas por los administradores de las sociedades participantes en el proceso reorganizativo, quienes lo aprueban y se encargan de someterlo a consideración de las juntas generales para la adopción del respectivo acuerdo.

Esta etapa negocial antecede al proceso de escisión y es ejecutada por los órganos de administración de las sociedades intervinientes, llámense directorios, gerencias generales u análogos²², conjuntamente con la asistencia de economistas, abogados, administradores, financistas, contadores, etc.; toda vez que este proceso en la actualidad implica no solo la concurrencia de abogados sino un trabajo multidisciplinario por la variada mano de obra calificada que demanda.

En este documento se establecen los fundamentos sobre los cuales las sociedades participantes pueden adoptar, según conveniencias, un posterior acuerdo de escisión. Constituye uno de los aspectos de mayor importancia en esta fase previa de negociaciones, el concerniente a la valorización patrimonial de las sociedades que participan en el proceso y en especial de los bloques patrimoniales que se escindirán y que constituirán la base para determinar la relación de canje, requisito previo para el inicio de la escisión. De esta manera los socios de la sociedad escidente podrán informarse respecto a los términos en que se llevará a efecto la operación y, en especial, la cantidad de acciones y/o participaciones nuevas que recibirán de las sociedades beneficiarias por cada una de las acciones que posean en la sociedad que se escinde.

El proyecto recoge también las propuestas adoptadas respecto la forma de escisión, las evaluaciones de carácter jurídico, económico y comercial sustentatorias y la fecha de la entrada en vigencia, información que servirá de base a la Junta General de Socios o Accionistas de las sociedades intervinientes para tomar los acuerdos correspondientes.

²² *Los acuerdos adoptados por los Directorios constan en actas y en los casos de otros órganos de*

Un aspecto que debe destacarse es la reserva que los administradores de todas estas sociedades deben guardar respecto de las negociaciones que realicen, evitando que trasciendan ya que el éxito de la operación depende principalmente del secreto que debe presidir estas reuniones²³.

Los directorios u órganos de administración de las sociedades involucradas, también tienen la obligación de no realizar actos o contratos que puedan comprometer la aprobación del proyecto o alterar significativamente la relación de canje entre la fecha de su aprobación y la del acuerdo de escisión por la junta general²⁴.

Respecto del proyecto, la doctrina ha venido deliberando si este instrumento básico e iniciador del proceso de escisión tiene o no fuerza vinculante o si se trata de un contrato sujeto a la condición de su aprobación por la Junta General de Socios o Accionistas.

Para Salas²⁵ el proyecto no puede dejar de ser considerado propiamente un contrato con todas las consecuencias obligacionales que de tal calificación se derivan. Pero este contrato, a su vez, está sometido a la *condictio juris* de su aprobación por las respectivas juntas generales. Explica su posición en que este importante instrumento es, al mismo tiempo, resultado de múltiples negociaciones realizadas por los

administración, como por ejemplo, las gerencias generales, corren en informes de gerencia.

²³ *Es necesario que estas negociaciones se realicen dentro de un ambiente de las más estricta confidencialidad, principalmente por las cuestiones financiero-comerciales, más que jurídicas, que son materia de discusión y sin duda el éxito de la operación dependerá del secreto con el que se manejen estas reuniones.*

²⁴ *Nuerstra LGS, en su Art 373, dispone que la aprobación del proyecto conlleva la obligación de no efectuar ningún acto o contrato que pueda poner en riesgo la aprobación del mismo por parte de la Junta General o modificar en forma importante el aspecto patrimonial de la operación..*

²⁵ *Salas Sánchez, Julio, Fusión y Escisión de Sociedades, Valores 17, Revista de la Comisión Nacional de Empresas y Valores, Conasev, Lima, 1994, Página.20.*

administradores de las sociedades intervinientes, negociaciones que culminan con el proyecto, quienes además, en un análisis más profundo, considera que están legitimados para llevar adelante todos estos actos preparatorios.

En el mismo sentido, Largo Gil²⁶ señala que los rasgos más saltantes del proyecto son: 1) El pacto o proyecto por si mismo genera una situación de dependencia que tiene carácter vinculante, no para las sociedades ni para sus juntas generales, pero si para sus administradores quienes asumen la responsabilidad de guardar secreto sobre las informaciones a las que acceden con motivo de las negociaciones, así como a realizar todos los actos que sean necesarios para que la fusión se realice, o para que por lo menos sea sometida ala consideración de la junta general. 2) Los beneficiarios del proyecto no son las sociedades que lo han celebrado a través de sus administradores, sino sus socios. 3) El proyecto constituye un *contrato típico* desde que su contenido está normado por la ley. Así el contrato tendrá que contener como estipulaciones típicas e ineludibles, la extinción de una o más de las sociedades, la creación de una nueva, la transmisión patrimonial a título universal y el agrupamiento de los socios. 4) El contrato de fusión es un contrato mixto que participa tanto de la categoría de los contratos de cambio como de los contratos de organización.

Según Guasch Martorell²⁷ las reuniones preparatorias que anteceden al acuerdo de escisión, están enmarcadas más en aspectos financieros

²⁶ Largo Gil, Rita, *La Fusión de Sociedades Mercantiles*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, citada por Ricardo Beaumont Callirgos, *Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades*, Gaceta Jurídica Editores, 1ª Ed, Lima, 1998, Página 603.

²⁷ Guasch Martorell, Rafael, *Ob. Cit.* Página 138

que jurídicos y por un alto grado de confidencialidad indispensable para el éxito de la operación. Afirma que si bien los administradores no tienen facultades legales para celebrar el contrato definitivo de escisión por exceder a su ámbito de competencia, si se les debe reconocer la capacidad para actuar en nombre y representación de las sociedades participantes, concluyendo un contrato preliminar de escisión que vincula contractualmente a las sociedades a efectuar los actos necesarios para permitir el pronunciamiento de las juntas.

En la misma dirección opina Rodríguez Artigas²⁸ cuando asevera que la falta de aprobación del proyecto por alguna de las juntas generales de las sociedades participantes, no legitima a las restantes sociedades para reclamar contra aquellas ya que el acuerdo de escisión no está condicionado en absoluto ni por el protocolo ni por el proyecto y, en este sentido, las juntas gozan de plena libertad para decidir sobre esta materia que es de su exclusiva competencia.

Sobre este punto, sobre la naturaleza de la responsabilidad y de las obligaciones que asumen las sociedades participantes, Elías Laroza²⁹ adopta una posición radicalmente opuesta al considerar que el proyecto no establece obligaciones exigibles a las personas jurídicas cuyos administradores lo aprueban, desde que ellos no están facultados para celebrar acuerdos vinculantes sobre la operación de escisión, que es competencia exclusiva de las juntas de socios.

²⁸ *Rodríguez Artigas, Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles, Editorial Civitas, Madrid, 1993 Página 94*

²⁹ *Elías Laroza, Enrique Ob. Cit. Página 1013*

Afirma que no encuentra en nuestra LGS el asidero legal pertinente para sostener una posición contraria, ratificándose por tanto que no le es conferida por aquélla tal facultad a los administradores, sosteniendo aclaratoriamente que las únicas obligaciones que éstos asumen son: 1) Convocar a las juntas generales para someter a su aprobación el Proyecto de Escisión. 2) La obligación de no realizar actos significativos y 3) La responsabilidad que asumen frente a los accionistas de la sociedad a la que pertenecen respecto al contenido del proyecto aprobado. Finaliza sosteniendo que sobre estas obligaciones, los administradores pueden asumir, en todo caso, una responsabilidad de tipo funcional solamente, siendo por ello que el proyecto no tiene ni puede tener la categoría de contrato vinculante, desde el momento que no genera obligaciones para las sociedades participantes, como lo sostiene la corriente doctrinaria opuesta.

Al respecto y después de estudiar detenidamente las disposiciones contenidas en los Artículos 346, 347 y 348 de la LGS sobre el Proyecto de Fusión y en los Artículos 371, 372 y 373 de la misma ley sobre el Proyecto de Escisión, nosotros tampoco hemos encontrado facultad alguna que les sean conferidas a los administradores, ni siquiera en forma implícita, de celebrar convenios vinculantes sobre los términos y condiciones de un proceso de este tipo. Por ello, compartimos la opinión de Elias Laroza cuando sostiene que la única responsabilidad viable en los administradores es de carácter funcional y que responden ante la sociedad únicamente por el contenido del proyecto. Entonces, acorde con nuestro marco legal, devendría en insostenible la tesis contractualista comentada, por lo que, coincidiendo con este jurista, somos también de la opinión que el proyecto no resulta ser un contrato

y, consecuentemente, tampoco es de manera alguna vinculante para las sociedades participantes.

En cuanto al contenido del proyecto, nuestra LGS en su Artículo 372 establece en forma imperativa toda la información que por lo menos debe consignarse en el documento. De ella puntualizamos brevemente los aspectos siguientes:

Explicación del Proyecto de Escisión

Entendemos que se refiere a la información sobre la finalidad o razón de ser del proceso de escisión y también respecto a la fase previa de negociación llevada a efecto por los administradores de las sociedades participantes referida a grandes rasgos.

Aspectos Jurídicos

Se trata de una información de carácter general que incluye la motivación de tipo jurídico de la escisión, la forma prevista en la ley que ha de adoptar, las modalidades legales que se utilizarán, la integración de capitales, las modificaciones estatutarias y los convenios entre socios o entre éstos y terceros que obliguen a la sociedad.

Consideramos que el interés de la norma es que el proceso de escisión tenga la fundamentación suficiente desde el punto de vista jurídico que todo acuerdo de esta envergadura para la vida de la sociedad deba tener.

Aspectos Económicos

Es también una información de carácter general que sustente la toma de decisión de la sociedad de escindirse. Entre estos fundamentos destacan la valorización que se le atribuye al patrimonio de la sociedad y los criterios seguidos para ello, la determinación de la relación de canje y sus cuadros sustentatorios, las compensaciones complementarias y principalmente las ventajas que implica la escisión para la sociedad.

Al igual que en el aspecto anterior, el interés de la regulación es dotar al acuerdo de escisión de la fundamentación técnica que meritúe una decisión tan importante para la marcha de la sociedad.

Informes económicos, contables u otros contratados por las sociedades.

Por la trascendencia que tiene en la vida de la sociedad, resulta plausible que el legislador haya incluido los informes que se requieran de profesionales independientes sobre aspectos del proyecto elaborado por los administradores. Entre ellos, los informes de verificación del balance de escisión por auditores, los informes sobre la relación de canje, los informes de mercado y, en general, todo aquello que fuere necesario consultar y/o sustentar para que esta etapa de negociaciones esté investida de la mayor profesionalidad y por ende, seguridad.

Incorporación de contratos, convenios y acuerdos comerciales

Si bien es cierto que con esta denominación no figura rubro alguno en la norma como contenido del proyecto, también es cierto que esta información podría estar comprendida en el Numeral 13 del artículo en comentario, que prevé cualquier otra información o referencia que los directores o administradores consideren pertinente consignar.

En efecto, cualquier convención o acuerdo que pueda celebrarse como consecuencia del proceso de escisión, constituye un hecho de importancia respecto del cual los administradores tienen el ineludible deber de informar a los socios.

Como veremos más adelante y que constituye el móvil del presente trabajo, la escisión es un proceso reorganizativo que tiende a la constitución de grupos de sociedades resultando ser un instrumento útil para la concentración empresarial. Por tal razón, es que habitualmente va acompañada por contratos, convenios o acuerdos de naturaleza comercial entre las sociedades participantes para regular sus campos de acción.

También en ciertos casos sirve para separar grupos de socios, reagrupándolos, con intereses distintos en razón de consideraciones particulares, para lo cual se toman acuerdos de no respetar, esto es, de modificar la participación porcentual que ellos tienen en el accionariado a condición de que el nuevo reparto haya sido acordado por unanimidad

por los socios. Sin duda que este acuerdo unánime de los socios importa un convenio de transferencia de acciones o participaciones en las que tendrían que recibirse de acuerdo a ley y las que se reciben conforme a lo que hayan estipulado.

Asimismo, suelen celebrarse contratos de transferencias de acciones de la sociedad escidente misma entre los socios, a cambio de acrecentar las que pudieren corresponderles o las que hubieren convenido de las sociedades beneficiarias.

Como podemos observar, todas estas transacciones colaterales al proyecto mismo y que fluyen de circunstancias particulares de las partes en la operación de escisión, resultan posibles gracias al pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada que consagra la LGS.

II. LOS EFECTOS DE CONCENTRACION Y DESCONCENTRACION EMPRESARIAL

Ante el gigantismo alcanzado por la empresa³⁰ la escisión se presenta como una solución para tal estado, adolece de una crisis de gobernabilidad, ha perdido la eficiencia y la rentabilidad. Se procede a la segmentación del patrimonio mediante bloques, la empresa se atomiza y se produce el efecto conocido como **desconcentración empresarial**, que según muchos tratadistas es el efecto típico de la escisión y equivale a una operación inversa a la fusión.

Sin embargo, para Cerdá Albero aunque parezca formal y etimológicamente contrario a la noción de escisión, ésta puede constituir un instrumento válido para la concentración empresarial, pues el modelo de ordenamiento horizontal que la escisión contempla también es susceptible de perfilar la conformación de un grupo de sociedades, que es actualmente la forma más pujante de gestión.³¹

³⁰ Estimamos oportuno conocer la opinión al respecto del prestigiado economista Paul A. Samuelson cuando afirma que las grandes dimensiones generan éxito y el éxito genera más éxitos pero el gigantismo, dice, también tiene barreras económicas y políticas. La evidencia estadística, continúa, sobre los beneficios llevan a pensar que éstos aumentan con el tamaño, pero parece que en las empresas más grandes han disminuido los beneficios relativos en comparación con la siguiente empresa más grande. Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus, *Economía*, 12ª Edición, McGraw-Hill, México, 1986, Página 534.

³¹ A pesar de la variedad de funciones que caracteriza a este mecanismo reorganizativo, no tiene una finalidad típica, antes bien diversa y el numeroso conjunto de variantes entre modalidades de escisión y su progresión en caso de escisiones combinadas, dan juego al uso de esta operación con intenciones distintas. Cerdá Albero, Fernando, *Escisión de la Sociedad Anónima*, Valencia, 1993, Página 47.

Sobre el particular, coincide plenamente con Elías Laroza quien también sostiene que la escisión es un proceso reorganizativo de sociedades más complejo que la fusión y que por lo tanto, además del efecto conocido de desconcentración también se puede presentar, aunque con menor frecuencia, efectos de concentración.³²

Tanto en la doctrina mercantilista española como en las de otros países, ha constituido una práctica habitual plantear el estudio conjunto de la fusión y escisión de sociedades y definir a la escisión contraponiéndola a la fusión calificándola como **operación inversa a la fusión**, partiendo de la siguiente idea: en la fusión se produce invariablemente la unificación patrimonial, mientras que en la escisión se divide en todo caso un patrimonio social.³³ Aquí, es conveniente dejar claramente establecido que debe distinguirse el procedimiento en sí con los efectos económicos que se obtienen con la escisión.³⁴ Hacen mal quienes confunden estos dos aspectos y estamos de acuerdo con Elías Laroza³⁵ cuando opina, coincidiendo con un sector mayoritario de la doctrina, que si bien la mecánica de la escisión es inversa a la de la fusión, no se puede concluir de ello que los efectos económicos de ambas operaciones sean también inversas. La fusión implica siempre una concentración de empresas, pero la escisión es un acto societario de

³² Elías Laroza, Enrique, *Ob. Cit.* Página 971.

³³ Entre los principales tratadistas que han sostenido la posición que la escisión constituye una fusión al revés y que produce el desdoblamiento de una persona jurídica con el reparto de su patrimonio entre varias personas jurídicas, se encuentran Julio C. Otaegui, *Fusión y Escisión de Sociedades*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1981, Página 236., Justino F. Duque Domínguez, *Escisión de Sociedades*, Civitas, Madrid, 1978, Página 128., José Sánchez Oliván, *La fusión y escisión de sociedades*, Editoriales de Derecho, Madrid, 1998, Página 85, y Jean Guyenot, *Curso de Derecho Comercial*, Vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Página 643.

³⁴ El sector de la doctrina que califica a la escisión como un mecanismo inverso a la fusión, confunde el procedimiento con los efectos económicos que en el caso de la escisión, son más complejos y múltiples. Se afirma que la escisión se lleva a cabo por un método inverso, ya que mientras la fusión agrupa patrimonios, con la escisión la sociedad escidente distribuye su patrimonio entre otras sociedades. Es decir, que la fusión es un procedimiento para lograr la concentración empresarial, mientras que la escisión tiene por objeto la desconcentración empresarial

mayor complejidad, porque los bloques patrimoniales que se segregan de la sociedad escidente tienen como destino sociedades nuevas o pre-existentes.

Apoya esta tesis Girón Tena³⁶, cuando afirma que la figura de la escisión de sociedades se presenta con la apariencia de supuesto contrario a la fusión, aunque en realidad cumpla, en la práctica, funciones que son complementarias. Por ello, no es admisible la teoría que sostiene que el objetivo económico de la escisión sea simplemente el contrario al de la fusión, o sea la desconcentración empresarial. Es cierto que uno de los objetivos que se persigue habitualmente con la escisión es la desconcentración de empresas, pero también es cierto, que se puede lograr un efecto económico de concentración exactamente inverso al anterior, así como también, un procedimiento adecuado para la especialización empresarial coincide Rodríguez Artigas³⁷ Un ejemplo de como se puede lograr concentrar empresas por este medio, es el caso de la sociedad que se escinde en cuatro bloques patrimoniales y que cada uno de ellos es absorbido por distintas sociedades preexistentes, produciéndose un efecto de concentración empresarial en todas y cada una de las beneficiarias de la escisión. En términos simples: con los mismos patrimonios, antes operaban cinco empresas y después quedaron solamente cuatro funcionando.

La escisión participa, sin duda, de los elementos que distinguen a la concentración empresarial, constituidos por la organización y el afán de lucro, y es una de las modalidades indirectas de este fenómeno

³⁵ *Elías Laroza, Enrique, Ob. Cit.. Página 975.*

³⁶ *Girón Tena, José, Derecho de Sociedades, Tomo I, Artes Gráficas Benza, Madrid, 1976, Página 368.*

³⁷ *Rodríguez Artigas, Fernando, Transformación Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas, Madrid, 1ª Edición, Tomo IX Vol.3, 1993, Páginas 19 y 20.*

económico. Acota Salas³⁸, que este mecanismo acude en auxilio del grupo empresarial que pierde competitividad para que se realice mejor económicamente. Fargosi³⁹ recomienda no considerar a la escisión como procedimiento único para separar patrimonios y socios, sino que también en determinados casos se constituye en un instrumento útil para la concentración empresarial, aunque en la categoría de los mecanismos secundarios.

La concentración empresarial se fortalece mediante el entrelazamiento de varias empresas, originándose grupos, manteniendo cada empresa su independencia jurídica. A la inversa, la desconcentración emerge de la disolución del grupo, bien con el desmembramiento de la unión empresarial. Es la concentración precisamente la circunstancia que tipifica la transferencia de segmentos patrimoniales y de posiciones de socio como modificaciones estructurales societarias. Es un fenómeno económico que se caracteriza por el crecimiento de las dimensiones de las empresas y por la disminución de su número.⁴⁰

La reunión de empresas y capital en pocos inversores es la base para la progresiva concentración empresarial y entre los motivos más importantes de su existencia podemos citar: la coordinación y colaboración, la racionalización de los procesos productivos, la

³⁸ Salas Sánchez, Julio, *Revista Valores*, Octubre.

³⁹ Fargosi, Horacio P., *La Escisión en la Ley de Sociedades*, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978, Página 161. Debemos entender que lo que nos quiere decir Fargosi es que la escisión produce ambos efectos económicos, el de desconcentración principalmente y el de concentración accesoriamente.

⁴⁰ Verbigracia el ejemplo de las cinco empresas que se reducen a cuatro luego de concluido un proceso de escisión. Las actividades que desarrollaba la sociedad escidente que se extinguió por escisión, incrementaron el objeto social de las sociedades beneficiarias, y por ende, aumentaron su tamaño. Resultó a su vez una suerte de concentración dentro de cada una de éstas empresas en donde las operaciones aumentan con la incorporación de las que proceden del bloque patrimonial asimilado.. Concentración en el número de empresas y concentración de las actividades que constituyen su objeto social.

generación de una economía de escala, la obtención de un mayor grado de penetración en el mercado y el afán de lucro.

En realidad como consecuencia del desarrollo de la sociedad capitalista que se va acomodando constantemente a las variables de un mundo globalizado que evoluciona y se integra cada vez más, emerge el fenómeno denominado concentración empresarial que se caracteriza principalmente por reunir empresas bajo una misma dirección y agrupando el capital en pocas manos.

Doctrinariamente la concentración empresarial admite dos tipos de manifestaciones:

a) Horizontal : Con ella se busca incrementar la dimensión de la empresa, aglutinando a su vez otras empresas de similar naturaleza con el objeto de aumentar los factores de producción, y a través de ello, conseguir un aumento del volumen de producción.

b) Vertical : Este tipo contempla el caso de varias empresas que se juntan para complementar sus actividades entre sí, formando de esta manera una cadena de producción.

Aunque en la doctrina existan posiciones opuestas respecto a los efectos supuestamente antagónicos de los mecanismos de fusión y escisión de sociedades, lo cierto es que es innegable la vinculación que ambas instituciones mantienen con la concentración de empresas. Este es el enfoque que nos interesa de este fenómeno económico, por el cual las unidades de producción que conforman los bloques patrimoniales de las empresas van a ser asignados dentro de un grupo a quien más convenga por diversas razones. De esta manera, nosotros entendemos la concentración como efecto del mecanismo de escisión a

la redistribución de los activos entre las empresas de tal forma que lo que antes se producía con un mayor número de empresas luego se obtiene con un número menor.

Por ello no compartimos la tesis de Morales Acosta⁴¹ de considerar que la escisión produciría concentración cuando agrupa diversas unidades de producción de una empresa en otras empresas generando el surgimiento de grupos de sociedades. Aquí el efecto no podría ser de concentración sino más bien de desconcentración ya que de una empresa de la que se segregan bloques patrimoniales correspondientes a distintas unidades de producción que funcionaban dentro de la misma, van a generar la creación de igual cantidad de empresas nuevas. Ello significa que lo que antes producía una sola empresa, con diversas líneas de producción, ahora lo harían varias empresas.

Los activos en algunas ocasiones suelen ser mejor aprovechables y por lo tanto más rentables en otras empresas que en la propietaria de los mismos, debido a múltiples razones entre las cuales podemos citar por ejemplo, el nivel alcanzado de especialidad en el negocio, costos racionalizados, dirección eficaz, posición ganada en el mercado, etc. que justifican su transferencia en bloques patrimoniales a distintas empresas. Las actividades comerciales serán desarrolladas por las restantes empresas del grupo, redistribuyéndolas merced al proceso escisorio y con ello produciendo una concentración de empresas, siendo de esta manera innegable que la escisión se encuentra vinculada con la concentración empresarial, toda vez que las empresas participantes en el proceso se reorganizan y participan de una dirección

⁴¹ *Morales Acosta, Alonso, Nuevo Derecho Societario, Universidad de Lima, 1998, Página 92.*

unificada y actúan corporativamente, no obstante mantener su independencia jurídica y comercial.

La función de la escisión adquiere carácter singular por el rol que cumple de reparto patrimonial al servicio de distintos tipos de procesos de reorganización de sociedades. Sucede, a criterio de Otaegui, que la escisión, si bien no tiene por qué resultar necesariamente opuesta a la finalidad de concentración y unificación perseguida por la fusión, sirve con frecuencia a objetivos de desconcentración empresarial. Así, cuando después de una escisión la sociedad escidente y la beneficiaria se desvinculan económicamente, se produce un efecto de desconcentración mas no de concentración. Pero cuando la escidente y la beneficiaria actúan de consuno en las mismas actividades empresariales desarrolladas anteriormente por la escidente, la escisión resulta ser una técnica de concentración societaria, tal como la fusión; esta última por procurar el tamaño óptimo y la escisión por evitar la hipertrofia⁴²

Puede parecer paradójico el hecho de que el mecanismo de la escisión figure dentro de los procedimientos de concentración de sociedades, pero la paradoja es solo aparente, concluye Guyenot. La sociedad que se escinde vuelve a encontrarse en una, por lo menos, de las fracciones separadas de modo que, siendo la más poderosa de las sociedades a las cuales ha hecho dispersarse, conserva la unidad de dirección de los elementos del patrimonio escindido. Este procedimiento

⁴² Otaegui, Julio C. Ob. Cit.,Página 269. No compartimos esta opinión ya que nuestro enfoque es distinto como se podrá apreciar durante este trabajo y especialmente en las conclusiones a las que arribamos. En efecto, en el supuesto de concentración al que se hace referencia, implicaría que las mismas actividades, antes desarrolladas solo por la escidente, luego serían ejecutadas por dos empresas en vez de una, Nosotros sostenemos lo contrario, en tanto las mismas actividades resulten a cargo de un menor número de empresas, allí podremos encontrar el efecto de concentración que produce la escisión.

evita a la sociedad que se escinde alcanzar un gigantismo que, a veces, puede ser nefasto para la rentabilidad, transfiriendo a las sociedades que permanezcan en su órbita, actividades que éstas concentran en unidades económicas bien adaptadas a la situación del mercado. La escisión efectuada dentro del marco de grupo de sociedades tiene la misma finalidad, no desemboca en la disolución del grupo sino en la concentración de sus medios de acción, gracias al traspaso de actividades a las unidades, que aumentan su rentabilidad mediante una racionalización más pujante.⁴³

Puede también considerarse paradójica una concentración como consecuencia de una escisión, que formalmente indica división patrimonial y corporativa. Esta paradoja envuelve una realidad más simple e ilustrativa : la escisión solo puede ser considerada como operación de concentración, si se realiza en un marco de un grupo de sociedades que conserva sus estructuras y la unidad de dirección económica de los elementos patrimoniales. La escisión supone el tránsito de una concentración primaria – la sociedad – a la concentración secundaria – el grupo de sociedades.

Intuitivamente puede sorprender la consideración de la escisión como mecanismo de concentración, ya que el propio término escisión sugiere el concepto contrario. Cerdá Alberó comparte esta opinión pero estima que es necesaria una aclaración. En el régimen de la sociedad anónima, fusión y escisión pertenecen al mismo género de fenómeno

⁴³ Guyenot, Jean, *Ob. Cit.* Páginas 430-431. Explica cómo el patrimonio dividido en bloques van a ser asignados a otras sociedades beneficiarias pre-existentes, las cuales al incorporarlos harán que continúen con las actividades empresariales que venía desarrollando la sociedad que se escindió y extinguió, produciéndose el efecto de concentración mediante el cual con un menor número de empresas se continuará con las mismas actividades, pero ya en circunstancias ajustadas a las necesidades vigentes del mercado que las hará más rentables.

económico y de técnica jurídica para la concentración, pero deben distinguirse. La fusión realiza una concentración empresarial inmediata y perfecta. La escisión, en cambio, prepara o perfecciona las operaciones de concentración anteriores o posteriores y conduce a una concentración de empresas que, si se realiza en el marco de un grupo de sociedades, asegura por sus propias técnicas la unidad de dirección económica de los elementos patrimoniales escindidos.⁴⁴

De esta suerte, la escisión es útil también como paso intermedio para posteriores reorganizaciones de sociedades, y con ello, como instrumento de planificación y conformación de grupos de sociedades. No conocemos, pero no nos debería llamar la atención que en algún momento la jurisprudencia identifique al grupo de sociedades con una situación de concentración empresarial resultante de procesos de fusión y escisión.

Por otra parte, se ha señalado en la doctrina que no es cierto que en la fusión hay una reducción de personas jurídicas, mientras que en la escisión por el contrario, existiría un incremento de las mismas. Ello no es así en todos los casos, según lo evidencian los distintos supuestos de escisión. Efectivamente, en la escisión parcial no varía el número de sociedades resultantes por constituir las mismas sociedades que han participado en el proceso. Mientras tanto, en la escisión total la extinción de la sociedad que se ha escindido origina una disminución evidente de personas jurídicas.⁴⁵

⁴⁴ Cerdá Albero, Ob. Cit., Página 78.

⁴⁵ Guash Martorell, Rafael, Ob. Cit. Página 82. Coincide con el ejemplo que sobre el particular pone Elias Laroza como consecuencia de una escisión total, en la cual antes del proceso de escisión eran cinco las empresas que se encontraban operando y culminado el proceso se extinguió la escidente generando que las mismas actividades fueran desarrolladas con el mismo patrimonio solamente por cuatro sociedades.

Para la doctrina francesa queda claro que la escisión es un instrumento útil para la concentración empresarial, es por ello que habitualmente la escisión va acompañada por contratos, convenciones y acuerdos comerciales entre las sociedades participantes.⁴⁶ Este argumento podríamos considerarlo precursor de lo que ahora es el Proyecto de Escisión, continente de todos los términos y condiciones del proceso reorganizativo.

En definitiva, la escisión de sociedades es un mecanismo proyectado a procesos de reestructuración empresarial de mayor complejidad que la fusión, generalmente unido a procesos económicos y jurídicos de creación, racionalización y de reingeniería de grupos de sociedades. Como se afirma, se trata de un mecanismo jurídico de carácter ambivalente al servicio de las necesidades de la reorganización de sociedades.

Nuestro trabajo ha tenido el propósito de confirmar si este efecto concentrador se producía en un proceso de escisión en general, es decir en las dos modalidades que éste puede adoptar, a saber en la escisión total o en la parcial. Posteriormente se podrá apreciar cómo la investigación efectuada confirma la ausencia de este efecto económico en esta última modalidad y más bien si y en forma plena, en la primera que corresponde a los casos de sociedades que se extinguen y sus patrimonios son redistribuidos entre otras sociedades pre-existentes.

Como consecuencia, el número de empresas resultantes post-proceso disminuye, resultando que con los mismos patrimonios con los que

⁴⁶ Bastian,D.; Froessel, D.; *Les fusions et scissions des sociétés, regime juridique, Paris, 1960, Zavala*

iniciaron el proceso se continúan desarrollando las mismas actividades pero ahora ya con una empresa menos, generándose de esta manera un efecto de concentración empresarial. La doctrina confirma esta conclusión nuestra cuando sostiene que la escisión actúa muy frecuentemente como instrumento que articula procesos de concentración empresarial, manifestándose en los casos de escisión en los que se produce un reagrupamiento simultáneo de los elementos patrimoniales de varias sociedades extinguidas en otras pre-existentes . En estos supuestos a la dispersión patrimonial generada por la escisión le sucede un reagrupamiento de las explotaciones y actividades de cada una de las sociedades receptoras. Desde una perspectiva meramente procedimental, la división patrimonial opera aquí como un instrumento preparatorio de procesos de concentración concretados en cabeza de las sociedades beneficiarias.⁴⁷

El siguiente ejemplo que cita Otaegui nos ilustra adecuadamente, al afirmar que si un grupo integrado por las sociedades A y B conviene que determinadas actividades de A sean realizadas en lo sucesivo por B, esta decisión puede formalizarse mediante la excorporación del sector correspondientes de A y su incorporación a B. Similar respuesta cabe ante un conjunto o grupo integrado por las sociedades A, B y C en el que conviniera que las actividades de A fueran llevadas a cabo por B y C, lo que se lograría mediante la división de A y su incorporación en parte de B y en parte de C.⁴⁸

Rodriguez, C.J., 1976, Página 103, citados por Julio C. Otaegui, Ob. Cit. Página 237.

⁴⁷ *Oleo Banet, Fernando, Ob. Cit. Página 42.*

⁴⁸ *Otaegui, Julio C., Concentración Societaria, Abaco, Buenos Aires, 1984, Página 275.*

III. DEL METODO UTILIZADO EN LA INVESTIGACIÓN

3.1 SUJETOS

Nuestro universo está constituido por tres sociedades anónimas que se han reorganizado mediante procesos de escisión, en los que han intervenido, además, ocho empresas que han tenido la condición de beneficiarias, destacando que todas ellas ya existían antes de iniciarse el proceso, lo que tiene la connotación especial de ser uno de los supuestos para que se produzca la concentración; como será examinado posteriormente. Como consecuencia de estos procesos de escisión, las sociedades escindentes quedaron extinguidas.

En cuanto a los casos evaluados corresponden de la siguiente manera: 02 a la ciudad de Lima (Alfa y Beta) y 01 a la ciudad de Iquitos (Gamma). En un primer momento circunscribimos nuestra investigación a las provincias de Lima y Callao, pero ante la falta de escisiones pertinentes, nos vimos en la imperiosa necesidad de incluir el caso de Iquitos del que llegamos a tomar conocimiento.

Las sociedades participantes son las siguientes:

Caso Alfa

- Compañía Minera San Hilarión S.A. sociedad escidente, inscrita en la Partida No. 01255029 del Registro del Registro de Personas Jurídicas de Lima,

- Cuyuma S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 00788872 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- Minera El Muki S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 00807982 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

Este caso trata de una reorganización de empresas que conforman un grupo económico mediante procesos de escisión y fusión que realizan simultáneamente. Tienen administración y accionistas comunes.

Caso Beta

- Eléctrica Industrial S. A. sociedad escidente, inscrita en la Partida No. 00658316 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- Subestaciones Eléctricas S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 11010198 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- Eléctrica Transmisión S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 11008792 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- Eléctrica Optimización S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 11008693 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

Los accionistas de estas sociedades están vinculados entre sí y constituyeron previamente al proceso nuevas sociedades del mismo giro, pactando una reagrupación excluyente en cada una de ellas.

Caso Gamma

- Naviera Amazónica Peruana S.A. sociedad escidente, inscrita en el Tomo II, fojas 135, partida 17, asiento 1 del Registro Mercantil de Loreto.
- Cia. Industrial y Comercial Iquitos S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Ficha No. 0416 del Registro Mercantil de Iquitos.
- Naviera Yacu Puma S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Ficha No. 824 del Registro Mercantil de Iquitos.
- Naviera Yacu Runa S.A. sociedad beneficiaria, inscrita en la Ficha No. 860 del Registro Mercantil de Iquitos.

Aquí intervienen sociedades dedicadas a actividades similares que participan en el mismo mercado y que tienen administradores vinculados.

Curiosamente, todas las empresas involucradas han sido sociedades anónimas, no habiendo encontrado algún otro caso referido a otro tipo de sociedad. Claro está, que cualquier otra calidad societaria, no es óbice para que no pueda participar en este proceso de reorganización, ya que no existe disposición legal que las descalifique.

El periodo que ha comprendido nuestra selección ha sido del año 1998 al 2000, esto es, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley General de Sociedades a la fecha de elaboración del proyecto.

3.2 INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN APLICADOS

El propósito principal de nuestro análisis ha sido convertir los fenómenos observados en datos científicos mediante una adecuada cuantificación de la información obtenida, de tal manera que nos permitiera obtener conclusiones respecto a las hipótesis formuladas.

Nuestra investigación no requirió un análisis estadístico o cuantitativo, considerando el reducido tamaño de la muestra interesándonos en efectuar más bien un estudio cualitativo.

Para la obtención y registro ordenado de los datos, en función del problema y de la muestra sujeta a estudio, nos hemos ayudado elaborando cuadros de trabajo de fácil manejo como una forma de presentación gráfica, formada por renglones y columnas que nos facilitara la consignación de los datos observados.

La forma adoptada es muy simple y fue diseñada de acuerdo con la información a recoger en porcentajes según los indicadores previstos en la operacionalización de las variables aplicables a cada caso en evaluación, y también teniendo en cuenta que teníamos muy claro los datos que nos interesaba recoger para lograr nuestro propósito.

Pensamos en cada variable y en sus indicadores, anotando en cada caso el peso que cada uno tenía en su propio proceso de reorganización que a nuestro criterio apreciábamos en el Proyecto de

Escisión, lo que determinaba un orden de importancia de los aspectos económicos que motivaron la reingeniería en los tres casos evaluados.

De esta manera, logramos tener suficiente evidencia sobre la confiabilidad y validez de este instrumento propio que construimos para aplicar a un problema de investigación en el que predominaban constructos de orden económico y administrativo, cuya incidencia u ocurrencia, entendemos, no podíamos medir de otra manera, y que contribuyó para el estudio comparativo que comentaremos más adelante.

3.3 PROCEDIMIENTO

Lamentablemente los Registros Públicos no llevan un registro de las escisiones que se han realizado, menos aún cuadros estadísticos que servirían como elemento de información que permitiría identificar y contar rápidamente con los casos materia de una investigación.

Esta es una dificultad que alarga el procedimiento, obligando a efectuar gestiones previas para ubicar los casos, produciendo demora y elevando innecesariamente los costos de la investigación.

Del mismo modo, las Notarías tampoco llevan registro por materias, por lo que no pudieron ser utilizadas como un medio para ubicar escrituras públicas de escisión de sociedades para efectuar la investigación en estos instrumentos.

Es por ello, que nos vimos en la necesidad de revisar las publicaciones aparecidas en el Diario Oficial El Peruano para identificar las escisiones acordadas. Luego recurrimos a los Registros Públicos para revisar en la ficha, los datos de inscripción de los acuerdos; solicitar luego la lectura del título archivado, a fin de ubicar dentro de la escritura pública el Proyecto de Escisión y el acta de las Juntas de Directorio y de Accionistas o Socios, para después solicitar copia certificada, y así disponer de la muestra para la investigación.

IV. DE LA INVESTIGACION REALIZADA

4.1 MOVIL

¿Qué nos animó a realizar esta investigación?

Hemos manifestado que la escisión de sociedades es una figura jurídica de reciente aparición en el Derecho Societario, cuyos antecedentes legislativos no han sido de carácter societario sino más bien de carácter fiscal, vinculado al régimen tributario de fusiones y divisiones de empresas.

Nuestra antigua Ley General de Sociedades guardó absoluto silencio sobre este instituto a pesar que en la práctica se realizaban procesos de escisión que muchas veces quedaban en el camino debido a la falta de procedimientos pre establecidos. El marco conceptual, sus características, modalidades, y procedimiento, recién son presentados por la nueva LGS, siendo su regulación moderna y completa.

Aún siendo la fusión, el procedimiento más completo que el Derecho ha creado para lograr la concentración empresarial, también se ha venido considerando a determinados tipo de escisión como un procedimiento alternativo para lograr este mismo fenómeno económico. Quienes se han opuesto a esta corriente representan el sector ortodoxo de la doctrina mercantil, al sostener que la escisión solo puede ser utilizada como un proceso destinado a lo que en economía moderna se conoce como desconcentración empresarial.

No cabe duda que, a diferencia de la fusión, la escisión de sociedades es un proceso compuesto y por lo tanto es posible que con ella se pueda conseguir los efectos económicos de desconcentración y concentración empresariales, según el destino que tenga el desmembramiento patrimonial de la empresa escidente.

Entonces, sería posible afirmar que la fusión no es el único mecanismo para lograr la concentración de empresas, sino que, en algunos supuestos, ciertas escisiones de sociedades también pueden serlo. Es evidente que por ser el procedimiento típico, la fusión tiene sus propias ventajas, permitiendo que los objetivos se concreten en mejor forma que si se utilizan otros procedimientos, pero ello no impide que también se logren por medios distintos.

En el mercado de ordinario se recurre a los procesos de fusión cuando se pretende concentrar empresas. Las Juntas Generales de Accionistas optan por este acuerdo porque es el medio que siempre se ha utilizado para concentrar capitales, organizaciones, tecnologías, esfuerzos y socios que le permitan obtener estructuras organizativas más adecuadas a sus necesidades de desarrollo, que las encuentran más aptas para responder de la mejor manera al reto de la competencia o para mejorar la posición en el mercado.

Igualmente, ocurre con frecuencia que se recurre a la escisión, cuando el fin que se persigue es la desconcentración de una o más empresas, ya que este proceso siempre se ha caracterizado por tener un objetivo económico contrario al de la fusión. Pero como lo decíamos, la escisión es un fenómeno que presenta una mayor variedad que la fusión, y por lo

tanto, también se puede lograr con ella un efecto económico de concentración empresarial.

Esta dualidad de objetivos de la escisión, despertó en nosotros la inquietud por investigar cómo esta nueva institución mercantil puede producir este efecto económico exactamente inverso al ya conocido de separar patrimonios y grupos económicos y de qué manera se diferenciaba del proceso de fusión tradicionalmente utilizado para tales efectos.

4.2 FINALIDAD

El interés que hemos tenido al realizar esta investigación ha sido el de confirmar si la escisión de sociedades es un mecanismo que permite obtener la concentración de empresas. Para ello, fue menester dominar el marco teórico, las condiciones previas para que este proceso pueda aplicarse y especialmente los tipos o clases que este procedimiento puede adoptar en la ley o en la doctrina.

Nuestra preocupación a lo largo de la investigación ha sido encontrar la razón por la cual este proceso puede concentrar empresas, para ello hemos evaluado si depende de la concurrencia de un sólo factor o de varios, analizando el tipo de escisión adoptada, el número de bloques patrimoniales que se segregan de la sociedad escidente y la pre existencia y número de empresas participantes en el proceso.

Estos elementos resultaron ser los decisivos para poder determinar si el efecto de concentración se produce a través de este mecanismo, de allí la importancia de efectuar una adecuada evaluación. Sólo nos hemos limitado a la recolección de muestras documentales referidas a escisiones propias o totales, descartando las que corresponden al tipo denominadas impropias o parciales, toda vez hemos deducido que sólo en aquellas se produciría el efecto económico investigado.

Del mismo modo, hemos prestado especial atención a los casos de sociedades que se escinden en tres o más bloques patrimoniales y que hayan sido asignados a empresas pre – existentes, porque inferimos que no se apreciaría tan nítidamente este efecto en desmembramientos menores.

La norma societaria vigente da el marco legal necesario, estudiando los alcances del proceso de escisión que contiene y especialmente para determinar las condiciones en que se produce la concentración empresarial.

También hemos revisado durante el periodo de vigencia de la LGS, el universo de casos de escisión de sociedades mercantiles que se han reorganizado bajo este esquema y que han producido concentración, arrojando como resultado escasísimos casos, predominando las escisiones con efecto de desconcentración que hemos descartado.

Este procedimiento de descarte, se efectuó de la simple lectura de las publicaciones de donde, aplicando los conceptos de la norma, fluía el efecto de concentración o desconcentración.

Con este trabajo hemos pretendido ver en qué medida se manejan estos conceptos, se domina el procedimiento y si produce o no concentración empresarial, determinar si es necesario mejorar el procedimiento para hacerlo más eficiente y también difundir su utilización por parte de la comunidad científica, como un mecanismo efectivo de reorganización empresarial.

Complementariamente a nuestro objetivo principal, también hemos tenido interés de comprobar si las empresas participantes en el proceso han deseado a través de este mecanismo obtener un efecto de concentración, o si les ha sido irrelevante, habiendo en todo caso solo buscado la reingeniería de la sociedad escidente.

4.3 PROBLEMA

La escisión de sociedades en determinados supuestos se configura como un proceso efectivo para obtener una concentración de empresas, la verificación de estos aspectos especiales que distinguen al proceso ordinario, constituyen las razones por las que este mecanismo produce este efecto económico.

Entonces, este mecanismo produce este efecto, solo cuando factores concretos y plenamente identificados concurren simultáneamente y dan forma al proceso de reingeniería de una sociedad. La sola ausencia de alguno de ellos imposibilita que se produzca el efecto materia de investigación, y el proceso se convertiría en una escisión ordinaria con el efecto opuesto de desconcentración.

Ha quedado comprobado la rigurosidad de la concurrencia de estos elementos para que la escisión se convierta en un proceso de reorganización societaria con fines de concentración, a lo que cierto sector de ***la doctrina denomina medio indirecto de concentración de empresas***, en clara alusión a que el mecanismo directo es la fusión.

Estos supuestos están referidos en primer lugar a un giro social que comprenda varias actividades y que tengan el debido soporte de producción y/o comercialización, de tal manera que de independizarse podría continuar desarrollándose sin dificultad de ninguna clase por otra empresa. En segundo lugar, el desmembramiento patrimonial debe ser total y expresado en tantos bloques como empresas beneficiarias pre-existentes participen en el proceso, a cuyo favor aquellos serán destinados.

El tipo de escisión que adopta esta sociedad es la denominada propia que produce como ya hemos visto, la extinción de la sociedad escidente, configurándose en las empresas beneficiarias el efecto de concentración; toda vez que las mismas actividades continuarán desarrollándose con prescindencia de la sociedad escidente; en otras palabras, antes de iniciarse el proceso las actividades comerciales eran realizadas por un número determinado de empresas, incluyendo a la sociedad a reorganizar, y después de concluido, seguirán siendo desarrolladas sin ella.

Finalmente, debe destacarse que la escisión, se encuentra en pleno proceso de desarrollo en el país por su reciente incorporación a la legislación peruana como lo hemos ya manifestado, razón por la cual es

aún reducido el número de escisiones que se acuerdan y hemos apreciado en nuestra investigación, que la mayoría del universo consultado tiene como objetivo adicional al proceso de reorganización en sí, la desconcentración de empresas, confirmando su mayor utilización para estos efectos.

4.4 HIPÓTESIS

Concluido el proceso de investigación, podemos afirmar sin temor a equivocarnos que, en nuestro tema, la hipótesis planteada ha podido ser contrastada en cada una de las etapas del proceso. Esta peculiaridad constituye para nosotros una virtud del trabajo, ya que nos ha permitido una relación permanente entre aquello que queremos demostrar con lo que estamos investigando, en una suerte de simbiosis que ha sido un estímulo permanente.

Desde la recolección de datos para la selección y acopio de muestras, hemos identificado sin vacilaciones las variables y su interrelación, lo que nos ha permitido predecir probabilísticamente las propiedades y conexiones internas del fenómeno a investigar y las causas o consecuencias del problema en estudio. Este vínculo inicial y constante, fue el motor que nos orientó para estudiar un determinado problema en base a supuestos lógicos que conocíamos y que eran posibles de comprobación empírica.

Mediante la aplicación del método deductivo, partimos de la generalidad de sociedades que optaron por la escisión total para inferir luego que a

través de ella se produciría el efecto de concentración empresarial. Igualmente procedimos a analizar todos los supuestos que integraban el proceso de reingeniería de la sociedad que se escindía, para evaluarlos y conocer cómo estos aspectos de naturaleza económica jugaban un papel importante y la interacción existente entre ellos.

Esto fue muy motivador y nos dio la confianza suficiente para la posterior obtención de una muestra documental confiable y veraz, y la seguridad de que nos conduciría a la plena identificación de la realidad, en base de la cual edificaríamos toda nuestra investigación a fin de encontrar la confirmación a las posibles explicaciones o respuestas provisionales al problema en estudio que nos habíamos planteado inicialmente.

Nuestra experiencia nos permitió elegir con certeza el documento que la ley denomina Proyecto de Escisión, pieza clave para el estudio, porque conocíamos de su contenido y alcances y sabíamos anticipadamente con toda seguridad, que en él encontraríamos, como que así fue, todo aquello que interesaba a la investigación.

Toda la información obtenida, la vertimos a una ficha previamente preparada con la asistencia de la cátedra que nos fue de gran utilidad, porque simultáneamente nos permitió clasificarla y luego procedimos al procesamiento correspondiente, codificando los diversos indicadores de carácter económico y jurídico lo que nos brindó el panorama amplio de la reingeniería de una empresa. Honestamente no nos imaginamos todo lo que esto nos iba a aportar, ya que los hallazgos superaron las

expectativas, encontrando además supuestos no previstos, que aconsejan continuar la investigación.

La evaluación realizada nos ha permitido además, observar la manera incorrecta cómo se está elaborando el Proyecto de Escisión, que por extensión, consideramos corre también para el de Fusión. En efecto, a pesar que la norma societaria indica claramente cuál es el contenido del proyecto, dentro del cual se encuentran los aspectos económicos que motivan la propuesta de escisión, en la práctica apreciamos que este requisito ha sido interpretado con un cariz declarativo mas no expositivo, como entendemos es el propósito de la norma.

Es necesario exponer en forma técnica los diversos fundamentos que motivan el proceso reorganizador, señalando en forma clara y concisa las contingencias económicas que lo justifican. La norma al crear este proyecto como paso previo al proceso de reorganización, no lo ha hecho para exigir una formalidad más, todo lo contrario, lo que busca es una sustentación técnica adecuada que brinde posteriormente a la Junta de Accionistas la información y el soporte necesario para la toma de una decisión de esta envergadura en la vida de la sociedad.

Cabe destacar, que nuestras hipótesis, cumpliendo con una de sus diversas funciones, nos han orientado sirviéndonos como guía para la recolección de datos que guarden pertinencia con las interrogantes de la investigación. Han enriquecido nuestros conocimientos en el tema, especialmente los de naturaleza meta-jurídico, de tan importante observancia en un proceso de reorganización de por sí complejo y en el que, ya sea como causa o efecto, no basta sólo el Derecho sino

también la concurrencia de otras disciplinas que acuden en su apoyo como la Economía, Finanzas, Contabilidad, Administración, etc.

También se han enriquecido, al comprobar que un proceso reorganizativo de carácter jurídico (escisión de empresas) se manifiesta en un proceso complejo multidisciplinario (reingeniería) y culmina con un efecto económico (concentración empresarial); habiendo también comprobado que este efecto, no siempre es deseado por los accionistas, sino simplemente una consecuencia; lo que nos abre otra posibilidad de profundizar esta investigación para establecer si este efecto sólo es conscientemente buscado mediante el mecanismo de fusión de sociedades.

Asimismo, hemos confirmado que el efecto de concentración empresarial es de naturaleza económica y no jurídica, de allí que sostener que el efecto de la escisión es inverso al de la fusión, no es del todo cierto, ya que lo que resulta inverso no es el efecto sino el mecanismo. Por la fusión, se aglutinan empresas y en la escisión se segrega una empresa en varias, pero no por ello no puede dejar de producirse una concentración. Lo que si es cierto, es que por la fusión siempre se produce este efecto pero mediante la escisión solo en determinados supuestos.

Todas estas han sido nuestras vivencias, fruto de la investigación que hemos efectuado y que nos ha beneficiado dándonos la oportunidad de incrementar los conocimientos sobre la materia y nos permite anunciar la comprobación plena de las hipótesis que hemos formulado y que a continuación indicamos:

HIPOTESIS:

- H.T.1. El proceso de escisión produce como efecto indirecto la concentración de empresas.***
- H.T.2. La necesidad de reorganización y la incorporación de los bloques patrimoniales segregados a un menor número de empresas facilitará la concentración empresarial.***
- H.T.3. La escisión propia o total prevista en la norma jurídica conduce a la concentración empresarial.***
- H.T.4. El número de empresas en el Perú que han participado en procesos de escisión es reducido.***

4.5 VARIABLES

4.5.1 V.i. LA REINGENIERIA DE LA SOCIEDAD

El concepto que contiene esta variable constituye el proceso que inicia una empresa para reorganizarse como consecuencia de la aparición de determinados efectos perniciosos producto del crecimiento. Estos se manifiestan en la ineficiencia de la empresa, sobrecostos administrativos y distracción de recursos en perjuicio de la producción, un nivel del gigantismo que la hace participar en negocios paralelos o distintos a su giro original, también en una falta de dinamismo en la conducción y demora en la toma de decisiones que entorpece la gestión, desaprovechamiento de los recursos humanos; todo lo cual se refleja en la pérdida de competitividad de la empresa en el mercado en

el que desarrolla sus actividades. Con el proceso de reingeniería, las empresas logran su modernidad, eficiencia y competitividad. (Ver Cuadro No. 1).

Operacionalmente concurren indicadores especialmente de naturaleza económica que nos provee de los modos suficientes para la manipulación de la variable en la evaluación que hemos realizado.

En primer lugar, destaca la ineficiencia que la podríamos definir como la incapacidad para obtener resultados propuestos, la conducción de la empresa dejó de ser acertada y ha perdido su dinámica, las resoluciones son adoptadas con lentitud y la empresa comienza a ser superada por sus competidores. Ello hace que la empresa pierda la posición ganada en el mercado, se vea agobiada porque es incompetente hasta para cubrir sus costos operativos y comienza a cundir la crisis interna.

La ineficiencia en algún caso, llegó a exponer a la empresa en una situación de grave crisis, tanto así, que la reingeniería en ella era una imperiosa e inminente necesidad para asegurar su subsistencia y lograr una salida a la grave situación que atravesaba.

En cuanto al aprovechamiento patrimonial, otro aspecto que se presenta como un factor que ha hecho que las empresas colapsen, tenemos que se trata de un cambio en la utilidad que le debe dar al empresario el patrimonio que posee la empresa, especialmente para utilizarlo como un mejor medio de apalancamiento financiero que pueda proveerle los tan

importantes recursos económicos que ella necesita para garantizar el normal desarrollo de sus operaciones.

Supone que en muchos casos los activos de la empresa no han sido usados convenientemente, ya sea en las diferentes líneas de producción o en apoyo de generación de recursos, vía prenda, titulización o hipoteca, lo que genera un cambio de actitud del empresario para una mejor administración y mayor redención de beneficios.

Otra clase de patrimonio que se aprecia en estos grupos, está representado por la tecnología, el goodwill y los valores. No todas las empresas involucradas en estos procesos reorganizativos disponen de todos o alguno de estos bienes, pero los que lo tienen lo han sabido aprovechar explotándolos adecuadamente.

Destaca el caso Alfa en la que el peso en su reingeniería es relevante y se trata de valores representados por acciones sociales que posee la empresa que se escinde en otras compañías integrantes del grupo empresarial y fuera de él, que por su alta cotización en el mercado bursátil le van a servir de garantía de operaciones crediticias para obtener recursos. De menor importancia, pero no por ello se han dejado de utilizar, son los casos de aprovechamiento de know how y de goodwill, que sin duda tienen para estas empresas una importante expresión económica y son reflejo de su nivel de desarrollo y prestigio en el mercado.

Dominar la actividad empresarial que se desarrolla, su explotación eficaz y el prestigio ganado, constituye el goodwill que, debidamente valorizado, ha sido utilizado como elemento de apoyo en el caso Gamma en su reingeniería, ya que estiman que el conocimiento del negocio y su liderazgo por tantos años en el mercado, avizoran el éxito de la reorganización.

Otro indicador que ha sido evaluado, es la especialidad que observamos muy vinculada a los bienes intangibles comentados. Son dos los grupos empresariales, Gamma y Beta, que en menor grado consideran a este aspecto como una ventaja que coadyuvará en sus procesos de reorganización. Haberse dedicado mucho tiempo a determinado giro, les otorgan, según manifiestan, la seguridad de que en otras dimensiones y organización, se pueda desarrollar una actividad más lucrativa.

Si bien es cierto que este rubro para el grupo de empresas Beta es de gran importancia dado el dominio que tienen del negocio, notamos que el peso en ambos casos no es trascendente como supuestamente debería serlo, ya que simultáneamente concurren otros factores de similar o mayor importancia que en conjunto determinan su reorganización.

Se suele decir que generalmente la motivación de toda reingeniería de empresas, es la obtención en mayor o menor grado de beneficios tributarios lo que torna atractivo este procedimiento, al extremo que si no existieran estos incentivos, no se efectuarían los procesos de reorganización.

De los casos evaluados, dos han buscado lograr algún beneficio de este tipo, pero apreciamos que en forma complementaria, o por decirlo de otra manera, en un segundo orden. En ellos, han prevalecido otros factores que tal vez han sido los aspectos que han producido la decisión de reorganizar.

La falta de capital indudablemente hace colapsar a cualquier empresa, toda vez, como ya se sabe, es el motor que impulsa a todo el engranaje de la empresa para que opere con regularidad. No disponer de los recursos económicos suficientes para esta operatividad, origina el incumplimiento de lo planificado y la crisis.

Se afirma en Finanzas, que ante esta situación, los administradores son los llamados a generar los recursos que faltan con todo aquello que su imaginación les produzca. El primer paso obligado es recurrir a los accionistas para que efectúen nuevos aportes en los montos que son requeridos, pero cuando éstos no aceptan la propuesta y no invierten suma adicional alguna, la situación desde luego se vuelve crítica. Este fenómeno ocurrió en el caso Gamma en el que no se pudo conseguir en casa los fondos que se necesitaba y tampoco se pudo lograr el apoyo de sus accionistas para garantizar personalmente créditos bancarios. Ante la imposibilidad de operar por la escasez de recursos, optaron por la reorganización.

Otro aspecto que hemos comprobado, es la repontenciación económica que aconseja reorganizar la empresa para que se realice mejor económicamente para enfrentar mejor el reto de la competencia.

4.5.2 v.d. LA CONCENTRACION EMPRESARIAL

La concentración de empresas es uno de los fenómenos económicos más importantes del siglo XX. Debido a determinadas circunstancias, los empresarios toman decisiones destinadas a lograr una concentración empresarial que puede darse de diversos aspectos, como obtener una concentración en la organización, en la tecnología, en los esfuerzos, en las actividades o socios con el fin de conseguir estructuras más convenientes a sus necesidades de desarrollo o también, que las conviertan en más aptas para responder el reto que significa la competencia o para posicionarse en el mercado.

Existen variadas razones de carácter económico con el objeto de explicar los móviles que originan este fenómeno. Para la doctrina española, los objetivos de las concentraciones de empresas pueden obedecer a una **estrategia de consolidación** y a una **estrategia de innovación**, procurando la primera un refuerzo de las posiciones ya adquiridas, y la segunda busca la renovación de la empresa a través de la complementariedad que se encuentra en otra u otras.

Los objetivos de una estrategia de consolidación son, generalmente, el dominio del mercado a través del incremento de la producción y la preparación para la competencia o la eliminación de ésta, la diversificación de la producción mediante la incorporación de productos novedosos, la necesidad de reducir el costo de producción, la mejor organización, la conquista de los mercados locales y externos y, por último, la atracción de nuevos capitales y créditos a través de una empresa de mayor envergadura.

En cambio, los objetivos de una estrategia de innovación son el progreso tecnológico mediante el mejor aprovechamiento patrimonial y de capitales, la incorporación de equipos directivos eficientes y, por último, la adquisición de marcas, procesos o tecnologías propias de otras empresas. Todos ellos son, sin duda, los móviles más comunes e importantes para optar por las concentraciones empresariales.

Recordemos que cuando analizábamos la situación en la que se encontraba la empresa previamente a este proceso y que ameritó la decisión de su reorganización, fue precisamente la deficiente organización expresada en una falta de dinamismo, administración ineficaz y la demora en la toma de decisiones.

Con un mejor patrón organizacional se logrará que la empresa esencialmente produzca buenos resultados y se logren objetivos. Igualmente se obtendrá un cuadro directivo técnicamente competente que garantice una buena gestión con toma de decisiones oportunas y se recuperará el dinamismo. La administración de los recursos financieros tenderá a ser más eficiente y la empresa se verá fortalecida. (Ver Cuadro No. 2)

El caso de reorganización del caso Alfa se obtendrán estos beneficios después del proceso múltiple de escisiones y fusiones de las empresas que lo conforman; siendo el procedimiento de escisión, materia de estudio, sólo una parte del mismo. Sin duda, de los tres casos estudiados, creemos que éste es el que se manifiesta en forma más clara, las ventajas que se lograrán al organizarse más convenientemente; de allí que el peso que este aspecto tiene como

efecto sea el de mayor importancia respecto a los demás indicadores y también respecto a su similar en las reorganizaciones de los otros casos.

En el caso Gamma, también es importante la mejor organización que se produce, pero tiene un matiz especial que los diferencia de los demás y que radica específicamente en la mejor administración de los recursos económicos, dado que la escasez de los mismos fue el detonante para realizar su reingeniería. Los activos ahora trasladados a las empresas beneficiarias, les permitirá un apalancamiento financiero de gran valor por su generación de recursos.

Quizás en el caso Beta, este factor reordenador tenga menos incidencia que en los casos comentados, y ello probablemente se deba a que, aparte de buscar una organización más adecuada, obviamente, lo que más les ha interesado son otros aspectos referidos principalmente a la mayor competitividad y rentabilidad. La competitividad la entendemos como la aptitud de la empresa de concurrir en condiciones adecuadas al mercado conjuntamente con otras empresas para lograr la elección de los consumidores en la oferta de bienes y servicios. Esta oferta debe ser coherente entre los intereses de la empresa (utilidades) y los de los consumidores (satisfacción de sus necesidades), y estriba primordialmente en una conveniente política de calidad y precio.

La reingeniería concederá una estructura mejor con una gestión directriz profesional, un manejo de recursos financieros más adecuado, una reconversión empresarial que determinará procesos productivos

óptimos y un necesario abaratamiento de costos, que a no dudarlo, mejorará sustancialmente el nivel de competencia.

Cabe tener presente que en el mundo globalizado en que vivimos, es de observancia obligatoria que las empresas permanentemente muestren este nivel, porque es la única manera que puedan afrontar este reto y como consecuencia lograr la subsistencia.

Las sociedades participantes en los procesos de escisión de Gamma y Beta después de su reorganización, accederán al mercado en mejores condiciones que antes, la situación de ambas es parecida, teniendo el beneficio de la gran especialización del servicio que prestan que se reflejará en una mejor concurrencia a la competencia. Considerando la envergadura de las que intervienen en el caso Alfa y su posición ganada en el mercado local e internacional, esta reorganización les significará seguramente mayores beneficios en otros aspectos, por lo que estimamos que la competitividad adquiere menor relevancia en comparación a los otros casos.

Hemos notado que el factor de menor peso post-reingeniería de las empresas evaluadas, lo constituye la racionalización de los recursos humanos y mejor aprovechamiento de los mismos. Es evidente que por mejor reestructuración que se pueda efectuar en la empresa, ésta no prosperaría si no se cuenta con el concurso del personal involucrado, que no sólo preste su apoyo, si no que principalmente esté ubicado dentro de la empresa en el puesto preciso en el que pueda desarrollar su trabajo según la preparación técnica que tenga. Uno de los defectos comunes que suelen conocerse en nuestro medio, es la mala ubicación

de los técnicos, colocados en cargos que no aportan lo que saben, perdiéndose su valioso apoyo. No es una buena reingeniería, la que no administra y utiliza convenientemente el recurso humano que posee. En los tres casos analizados, hemos encontrado que no se le ha dado mayor relevancia y parecería que ha constituido un aspecto de orden complementario.

Finalmente, hemos comprobado en todos los casos materia de investigación, que las sociedades que se escindieron distribuyeron sus bloques patrimoniales segmentados entre sociedades preexistentes, produciéndose efectos de concentración en todas ellas que se beneficiaron con el proceso acumulando los mismos patrimonios ahora en un número menor de empresas.

V. DE LA AMPLIACION DE LA INVESTIGACION

5.1 EL ENTORNO ECONÓMICO 2,002 – 2,006

Debemos mencionar que el entorno económico existente en el país en la época en la que se realizó la investigación original, ha cambiado respecto a los últimos años y sin duda se ha incrementado la necesidad de lograr mejores niveles de competitividad para lograr la subsistencia.

Nuestra economía atraviesa por uno de sus mejores momentos, fortalecida por el volumen de sus reservas, sus niveles de crecimiento sostenido, con indicadores macroeconómicos muy favorables, todo lo que ha generado confianza a los inversionistas.

El país ha logrado en estos últimos años un crecimiento de 25% y mantiene una inflación acumulada de 7 a 8%, por lo que se espera un crecimiento récord de la economía en el 2,006. Asimismo, ha conseguido enfrentar de manera positiva el contexto externo, sostener la estabilidad y alcanzar un importante crecimiento económico. Los resultados obtenidos en sectores vitales como la producción, las exportaciones, la inversión y la inflación conforman una base sólida fundamental para mejorar las condiciones de subsistencia en el país.

Las finanzas públicas se encuentran saneadas, el déficit en este momento es igual a cero, la deuda pública se ha reducido sustancialmente, bajando gradualmente hasta el 35% del Producto. La economía peruana seguirá su marcha firme hacia el crecimiento que se genera por el avance de la demanda interna, la que crecerá, según

cifras oficiales el presente año, en un 7,1% y la inversión privada aumenta a un ritmo impresionante. La inversión crece porque tenemos una economía estable, razón por la cual el Perú debe seguir por este camino sin necesidad de efectuar mayores cambios en las actuales reglas de juego.

Durante los años 2,001 – 2,005, la inversión privada se constituyó en la gran fuente del desarrollo económico, alcanzando un crecimiento promedio anual de 4,4% y registró 13 trimestres de incremento continuo a partir del tercer trimestre del 2,002, según el Ministerio de Economía y Finanzas. Entre 2,003 y 2,004, el crecimiento de este rubro fue producto de la reinversión de las mayores utilidades de las empresas y de la ampliación de plantas industriales, especialmente manufactureras y mineras.

Para los industriales, los buenos resultados macroeconómicos alentarán el crecimiento de la inversión privada que podría llegar a 20% en el 2,006, generando más puestos de trabajo y fomentando una mayor demanda interna.

No debemos olvidar que la inversión privada es una de las principales generadoras de empleo, siendo significativos los resultados alcanzados en este campo aunque aún se consideren insuficientes. Por ello, es necesario mantener reglas claras que representen mayor ingreso de capitales y mayor bienestar para la población. Los empresarios exportadores sostienen que la continuidad en la política de apertura de mercados es la mejor alternativa para mantener el desarrollo del país.

De otro lado, la estabilidad de la inflación en el período 2,001 – 2,005 significó solidez y buenos fundamentos macro que disminuyó la incertidumbre en las transacciones económicas y financieras, promoviendo un mejor ambiente en los negocios y una mayor inversión y crecimiento. En el 2,001 este indicador alcanzó el -0.48% para situarse el 2,005 en 1.43% y mantenerse así controlado.

Del mismo modo, la integración comercial que supone el proceso de globalización, ha generado en este período un importante aumento de flujos de capital procedentes de los países desarrollados hacia nuestro país, incentivando la inversión extranjera lo que ha resultado muy beneficioso toda vez que el desarrollo económico de estas naciones altamente industrializadas se propaga así a los que, como el Perú, se encuentran en vías de desarrollo.

Este intercambio comercial y de flujos de dinero, es uno de los factores que han contribuido al crecimiento de la economía, favorecido por las reglas del libre mercado en el que los bienes y servicios son producidos solamente por la empresa privada, la liberización del comercio y el libre tránsito de capitales.

El comercio internacional se ha convertido en la principal actividad económica en el mundo y le ha dado al término globalización las características que lo definen, principalmente a la relativa a la interdependencia económica entre los países y la búsqueda de la competitividad. En un mundo donde las barreras a la entrada y salida de productos y servicios están desapareciendo con rapidez, la lucha de los

países por competir y especializarse en un mercado global gana una relevancia que hubiera parecido inusitada hace algunas décadas.

Lo que siempre ha caracterizado al comercio exterior del Perú ha sido la tendencia a exportar materias primas, las cuales explicaron en su momento las épocas de bonanza económica del país. Desde la era del guano y el salitre del Siglo XIX, pasando por la prosperidad que generó el algodón, el azúcar y el cobre, hasta el auge pesquero de la década de 1,970 y el minero de fines del siglo pasado, la economía peruana ha sustentado su capacidad exportadora en la extracción y embarque de productos que requieren de pocas habilidades tecnológicas y empresariales para ser vendidas al exterior.

No obstante, los últimos años han mostrado un cambio paulatino en las tendencias de las exportaciones y se observa una mayor participación de las llamadas exportaciones no tradicionales. De hecho, éstas están ganando posiciones y registran un notable incremento. La razón de este auge se debe a varios factores, desde el surgimiento y afianzamiento de una nueva generación de empresarios, más emprendedores y con mejores herramientas tecnológicas para acceder al mercado, hasta una mejor comprensión del Gobierno de que el desarrollo de las ventajas competitivas del país tiene que basarse en las habilidades del factor humano, mas no solo en la riqueza de los recursos naturales.

El rol que ha venido cumpliendo PROMPEX al encargarse de impulsar el potencial del Perú para ingresar al mercado internacional con productos no tradicionales más competitivos, ha sido fundamental. En forma acertada convocó directamente a los propios actores, productores

y exportadores e impulsó la creación de gremios por actividad para especializar la capacitación, adopción de nuevas tecnologías y sondeos de mercados, entre otros. De allí nacieron el Instituto Peruano del Espárrago (IPE), el Instituto Peruano del Algodón y otros dedicados a nuevos productos como la palta Hass, el limón, la lúcuma, la uva, el mango, etc., gremios que siguen trabajando en la apertura de nuevos mercados.

Como se aprecia, la mayoría de estos empresarios pertenecen al sector agrícola, quienes han demostrado que la agroindustria peruana ha sido la que mejor ha respondido al reto de colocar sus productos en el exigente mercado del exterior y ha alcanzado un excelente nivel de especialización desde la preparación de suelos, tratamiento, producción, empaque y embarque final del producto, con instalaciones y tecnología que no tienen nada que envidiar a los países desarrollados. Similar nivel de calidad y especialización también se ha logrado en la confección de prendas de vestir de marcas internacionales de prestigio que le son confiadas a industriales peruanos exclusivamente para el mercado del exterior.

Según el Ministerio de Economía y Finanzas, en el período 2,001 – 2,005 el avance acumulado de las exportaciones fue de 138%, superior al registrado en los cuatro quinquenios anteriores. De exportar 6,900 millones de dólares en el 2,001, el Perú obtuvo ingresos por este concepto del orden de los 17,000 millones de dólares en el 2,005. Ahora el reto es mayor, pero existen nuevas y mejores herramientas para lograrlo, entre ellas, figura el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

5.2 PROPOSITO

Es dentro de este entorno en que hemos estimado conveniente proceder a ampliar a la investigación realizada, con la finalidad de contrastar la ejecución de estos procesos de escisión de sociedades en el período 1,998 – 2,000, con los casos similares que pudieren haberse llevado a cabo en período posterior en evaluación y en el que la LGS podría haber tenido mayor difusión y por tanto la figura de la escisión de sociedades podría haber sido más conocida y aplicada en el medio.

También llevamos a efecto este estudio adicional con el objetivo de apreciar el comportamiento que pueda haber experimentado la fundamentación de los acuerdos de escisión de sociedades dentro de una realidad económica distinta y la que podría haber generado la necesidad de una mayor competitividad que pueda reflejarse en la concentración empresarial a través de esta institución.

En nuestra investigación inicial referíamos que nuestra preocupación principal era hallar los motivos por los cuales mediante el mecanismo de la escisión se podría concentrar empresas, considerando aún que el procedimiento habitual conocido para lograrlo era más bien la fusión de sociedades. Dejamos establecido que esta vía era posible según el tipo de escisión que se adopte, el número de los bloques patrimoniales que se configuren y la cantidad de sociedades pre-existentes que participen en el proceso.

Con este derrotero, procedimos a la recolección de muestras de carácter documental, vinculadas a los acuerdos de escisión total, puesto que es el tipo que probatoriamente produce el efecto de concentración empresarial.

Nuevamente fue necesario revisar la sección Boletín Oficial del Diario Oficial El Peruano que resulta ser el mejor medio que puede disponerse para tomar conocimiento de estos acuerdos. En nuestra búsqueda nos circunscribimos al período 2,002 – 2,006 revisando todas las publicaciones efectuadas respecto a los acuerdos adoptados en Juntas Generales de Accionistas o Socios.

Los casos publicados que encontramos correspondían mayoritariamente a los acuerdos de escisión parcial, que sin duda es el tipo más común, el que más se conoce y por ende el que más se utiliza y que para nuestros propósitos es irrelevante. Respecto a la escisión total, que es el tipo que nos interesa para nuestro trabajo, los resultados de la recolección no fueron halagadores, mas bien resultaron todo lo contrario ya que solo pudimos encontrar un solo caso que se formalizó en Lima en el mes de Junio de 2,004.

En comparación con el período anteriormente evaluado, hemos confirmado un incremento significativo del uso de este mecanismo con efecto típico de desconcentración empresarial, en este período 2,002-2,006; lo que evidencia un mayor dominio de la institución, de su marco legal y de sus efectos, con el correr de los años. Dentro de estos casos de escisión parcial, son de ocurrencia mayoritaria los casos de segregación de un solo bloque patrimonial para ser transferido también

generalmente a una sociedad pre-existente o particularmente a una nueva sociedad que se constituye por este acto, por lo que nos permite afirmar que se trata del tipo de escisión más común.

Anteriormente pudimos ubicar hasta tres casos de escisión total que fueron objeto del estudio original, a pesar que correspondieron a un período inicial de la vigencia de la LGS que suponía un discreto conocimiento de esta institución. Sin embargo, la práctica nos estaría reflejando contra todo pronóstico, una relación inversamente proporcional de su uso con el transcurso de los años, es decir un efecto contrario al que ha venido experimentando los casos de escisión parcial comentados. A mayor tiempo que supone más conocimiento de este procedimiento reorganizativo, es menor la utilización en su forma total.

Cabría preguntarse si este discretísimo uso, podría generar con el transcurso del tiempo que una institución nueva en nuestra legislación como ésta, pueda caer en el desuso a pesar de su corta existencia? Poniéndonos en un escenario pragmático, el mensaje no sería que la comunidad científica declina el uso de este tipo de escisión para extinguir una sociedad dentro de los mecanismos de reorganización y opta en cambio por los tradicionales acuerdos de fusión que también producen la disolución de las sociedades incorporadas o absorbidas. ?

Creemos aún que el proceso de escisión sigue en pleno desarrollo, desigual según los tipos que puedan asumir, según vemos; pero que preferentemente tiene como objetivo la reingeniería con efecto de desconcentración de empresas.

Finalmente, es menester comprobar si existe en todas las sociedades que intervienen en este proceso, la voluntad solamente de realizar una reorganización societaria y/o también de obtener una concentración de empresas.

5.3 ANALISIS

El caso que hemos logrado encontrar y que es objeto de esta investigación adicional que realizamos, está constituido por una sociedad que opta por el acuerdo de escindirse en forma total fragmentando todo su patrimonio en dos bloques, los que serán transferidos a igual número de sociedades beneficiarias pre-existentes.

Este proceso de escisión se verifica en el mes de Junio de 2,004, esto es, dentro del entorno económico que hemos comentado y con un mayor conocimiento y difusión de la LGS respecto a este instituto.

A diferencia de los tres casos anteriores en los que tuvimos la oportunidad de disponer del Proyecto de Escisión, en esta ocasión no fue posible contar con este instrumento . El proyecto en este caso no se incluyó en el acta de Junta General de Accionistas, no obstante que éstos dejaron constancia de haberlo tenido a la vista durante la sesión, ni se insertó en la escritura pública correspondiente.

A pesar de ello, las sesiones de Juntas Generales de Accionistas y de Socios de las tres sociedades participantes que aprueban la escisión, contienen afortunadamente y en cierta manera, los principales rubros de

información que forman parte del proyecto como asuntos de la agenda a tratar, y que por tanto hemos estimado suficientes para evaluar adecuadamente el caso.

Debe tenerse presente que ni la LGS en su Artículo 372 ni el Reglamento del Registro de Sociedades en su Artículo 124, obligan a insertar el proyecto de escisión en la escritura pública a extender.

Sociedades Participantes

- Proterm S.A. sociedad que se escinde y extingue, inscrita en la Partida No. 11042316 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- Disatec S.R.L., sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 00252972 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
- V.M.H. Ingenieros S.A.C. sociedad beneficiaria, inscrita en la Partida No. 11647730 del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

Tipo de Escisión

Se trata de una escisión total a través de la cual la sociedad escidente fracciona todo su patrimonio en dos bloques de igual valor, los que serán transferidos a favor de las dos sociedades beneficiarias pre-existentes y se extingue, de acuerdo a lo previsto en el Numeral 1 del Artículo 367 de la LGS.

Estos bloques incluyen la totalidad de las cuentas del activo y pasivo que determinarán el incremento del capital de las sociedades receptoras, con la consiguiente generación de acciones y participaciones sociales a favor de los accionistas de la sociedad que se escindió.

Aspectos Económicos

La sociedad escidente al adoptar el acuerdo de escisión transfiriendo el total de su patrimonio, permitirá optimizar y repotenciar a las sociedades beneficiarias dentro del mercado nacional y con posibilidades de ampliar sus operaciones en el mercado internacional. Esto implica que dotará a estas sociedades de una estructura organizativa más sólida y eficiente con el objeto de hacerlas más competitivas localmente y tentar una mejor participación en el mercado exterior.

Las sociedades beneficiarias fundamentan su intervención en el proceso de escisión, en la necesidad de consolidar su imagen crediticia y su posicionamiento en el mercado con la finalidad de expandir en forma agresiva y sostenida su actividad comercial a efectos de enfrentar en condiciones más favorables la competencia.

En los antecedentes materia de estudio, no hemos encontrado evidencias respecto de las actividades que desarrollan las sociedades involucradas y considerando que tampoco hemos logrado conseguir de otras fuentes mayores referencias de las mismas, nos queda la impresión que no tienen un rol importante en el mercado y que más

bien, la inyección de capital de trabajo que supone la absorción de los elementos del activo fijo procedentes de la sociedad escidente les resulta suficiente para reorganizarse y reinsertarse en otras condiciones al mercado.

Nos parece que los administradores han sido conscientes que la necesidad de llevar a efecto una reorganización en el seno de estas sociedades era inminente e imperativa, puesto que como venían operando no les iba a ser posible subsistir. Era el momento de tomar decisión respecto a cuales empresas debían mantenerse en el mercado y cuál de ellas salir de él extinguiéndose.

Era menester oxigenar a las sociedades que tenían mayores posibilidades de subsistencia, transfiriéndoles patrimonio para fortalecerlas financiera y comercialmente. Podemos afirmar que las dos sociedades pre-existentes se encuentran en una situación administrativo-financiera parecida y que no es la más adecuada para mantener sus actividades ni mucho menos pensar en incrementarlas. Surge así la idea de recurrir a un proceso reorganizativo que les provean de los recursos suficientes para mantenerse y le concedan las posibilidades de que con una nueva estructura puedan afrontar los desafíos que les impone la competencia y consolidar sus actividades comerciales.

No cabe duda que el entorno económico en el están inmersos, exige condiciones distintas y demanda que las empresas tengan que ser fuertes y organizadas para poder competir, constituyendo ésta una de las consecuencias directas de un mercado globalizado. La lucha por la

subsistencia es tenaz y constante y quien no se prepara y fortalece, sucumbe ante las estrategias que planifiquen sus competidores.

Para ello, las sociedades se agrupan, unas adquieren a otras, o se fusionan, celebran alianzas estratégicas, etc., con el fin de consolidarse en el mercado y competir en mejores condiciones. La situación económica imperante, torna a la administración de las sociedades en un órgano en constante evolución, siempre a la búsqueda de la mejor opción para perfeccionarse y adquirir un mayor nivel de desarrollo con miras evidentemente a una más expectante posición.

Ya hemos visto como dentro de la situación económica experimentada por el Perú en estos últimos cinco años, los niveles de competitividad se han incrementado notoriamente respecto de períodos anteriores, lo que ha generado que las empresas, además de tomar conciencia de esta situación, se han visto en la necesidad de adoptar resoluciones para defender las posiciones ganadas y también planificar sus operaciones para ingresar al comercio internacional. En otras palabras, se han tenido que preparar para una distinta y verdadera competencia que les exige en forma permanente, sin tregua.

La competitividad es a nuestro juicio, el aspecto más relevante que presenta el mercado en este período, y el caso en investigación, refleja que los administradores que recomendaron tomar el acuerdo de escisión a los accionistas, tenían conocimiento de ello y que era la única salida que tenían para mantenerse, por lo que se constituyó en su objetivo hacia donde dirigieron sus esfuerzos y probabilidades. Enfrentarla representó el argumento de mayor peso que generó la

decisión aprobatoria del proceso, a nuestra opinión, puesto que a excepción de la consolidación financiera que también invocaron, existe total prescindencia de otros factores anteriormente referidos como la ineficiencia, sobrecostos administrativos, gigantismo, falta de dinamismo, entre otros, que si concurrieron en los tres casos objeto de la investigación inicial. Aquí la preocupación principal fue cómo subsistir, determinar cuales eran los recursos disponibles y cuál era el camino a seguir, encontrando en la escisión una alternativa de reorganización eficiente.

Proyecto de Escisión

Como ya lo hemos manifestado, lamentablemente no nos ha sido posible acceder al proyecto que a decir de la doctrina, es el documento principal que contiene todos los acuerdos producto de las negociaciones realizadas por los administradores de las sociedades que participan en la escisión.

La Junta General de Accionistas de la sociedad que se escindió, dispuso del proyecto al momento de deliberar pero después de aprobarlo no sugirió su incorporación en el acta que se levantó., probablemente porque corría en el de Junta de Directorio. Llama la atención que tratándose de un documento importante no aparezca en ningún lugar dentro de la formalización del proceso. Más aún considerando que tampoco se inserta el texto de la Junta de Directorio que recomienda su aprobación.

Nosotros nos inclinamos por la conveniencia de incluirlo en ésta acta, con lo cual ya no sería necesario hacerlo en la de Junta General, y de considerarla en la minuta de tal manera que quede insertada en la escritura y por esta vía inscrita en el registro.

Informes Profesionales

Hemos encontrado referencias de la existencia de informe legales y contables emitidos por profesionales especializados en la materia que han servido de sustento a los administradores y a los accionistas para tomar el acuerdo.

Nos parece una decisión acertada la contratación y posterior disposición de estos informes desde la etapa negocial hasta la resolutoria en la cual los accionistas aprueban el proyecto, porque tienen una utilidad ilustrativa de las distintas fases del proceso que permite fundamentar convenientemente los términos en los que se llevará a cabo.

No es usual, de acuerdo con la casuística y que es motivo de nuestra preocupación expresada anteriormente, que los administradores recurran al apoyo de estos profesionales porque se suele prescindir de su asistencia, en el entendido que es suficiente con el conocimiento y experiencia en el negocio de los administradores. Somos de la opinión que en un mercado globalizado como este ya no hay lugar para todistas, por lo que es imperativo el asesoramiento multidisciplinario para la toma de decisiones de esta envergadura.

Empresas Vinculadas

Consideramos necesario evaluar los alcances del concepto vinculación económica que progresivamente va adquiriendo mayor relevancia en las relaciones interempresariales y también en los casos de concentraciones de empresas.

En nuestra legislación, es la norma tributaria la que la define y regula, estableciendo los casos en que esta vinculación se da entre dos o más empresas. El Artículo 32ª de la Ley del Impuesto a la Renta señala que para establecer que dos o más empresas son partes vinculadas, una de ellas debe participar directa o indirectamente en la administración, control o capital de la otra; o cuando la persona o grupo de personas participan directa o indirectamente en la dirección, control o capital de varias empresas. Esta ley faculta a su Reglamento para que indique los supuestos en que se configura la vinculación económica.

En efecto, el Reglamento en su Artículo 24 precisa cuales son las situaciones en las que se entenderá que dos empresas están vinculadas, cuando concorra cualquiera de ellas. Para el caso en análisis, resultan aplicables las previstas en los numerales 1 y 4 que a la letra dicen:

Numeral 1. Cuando una persona natural o jurídica posea más del 30% del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de tercero.

Numeral 4. Cuando el capital de dos o más personas jurídicas pertenezca en más del 30% a socios comunes de éstas.

Todas las sociedades que intervienen en el proceso de escisión que estamos investigando, registran accionistas comunes que poseen una participación igual o mayor al 30% del capital de la otra sociedad y/o que también le pertenecen más del 30% del capital de las tres sociedades, de lo que podemos concluir que entre ellas existe vinculación económica.

Concentración Empresarial

Nosotros hemos manifestado anteriormente que entendemos la concentración de empresas como efecto del proceso de escisión, a la redistribución del patrimonio de una sociedad que se extingue entre las sociedades beneficiarias, de tal manera que lo que antes se producía con un numero determinado de empresas posteriormente se obtiene con un número menor. Este es el criterio a nuestro entender por el que se da este efecto económico, habiéndonos avocado en nuestro trabajo a determinar los supuestos que deben concurrir para su acreditación.

El objeto social de la escidente será luego desarrollado por las sociedades beneficiarias, distribuyéndolo entre ellas en virtud del proceso en ejecución, concretándose una reorganización y actuación corporativa de estas sociedades y produciéndose efectos de concentración entre ellas que resultaron favorecidas con la distribución patrimonial.

Así, las operaciones que realizaban las tres empresas intervinientes con los elementos del activo y pasivo que poseían antes del proceso, después de culminado serán desarrolladas solo por dos de ellas, sin

que haya mediado voluntad de alguna de ellas de obtener una concentración de actividades, no habiendo hallado ningún indicio que alguna de ellas lo hubiera pretendido. La sociedad se escindió como consecuencia de que la Junta General de Accionistas acordó el tipo de escisión total, desgajando todo su patrimonio en dos bloques que lo destinó a las sociedades receptoras, para que éstas continuaran operando regularmente; dándose así todos los supuestos que hemos indicado en nuestro trabajo como concurrentes para que se de este efecto económico.

Lo expuesto nos permite aseverar que en este caso, al igual que en los anteriormente investigados, la concentración producida por la escisión total es un efecto no deseado.

VI. EL INDECOPI Y LA LIBRE COMPETENCIA

El INDECOPI a través de la Comisión de la Libre Competencia, es el ente encargado de velar por el cumplimiento de las regulaciones sobre la competitividad y consecuentemente sobre el bienestar de los consumidores, evitando prácticas anticompetitivas y el abuso de posiciones dominantes.

Este organismo tiene autonomía funcional y administrativa que aplica las políticas de competencia, iniciando investigaciones de oficio o a pedido de parte e impone sanciones pecuniarias.

La implementación de estas políticas tienen como finalidad garantizar y defender el proceso competitivo en el mercado con el objeto de procurar la eficiencia económica y la maximización del bienestar de los consumidores. Dicha eficiencia, entendida como la asignación óptima de los recursos, implica la adquisición por parte de los consumidores de los bienes al mínimo de los precios posibles (eficiencia asignativa) Y, además, que para una demanda determinada, las empresas producirán al menor costo posible (eficiencia productiva), productos más variados y de mejor calidad (eficiencia innovativa).

Es así que la competencia entre las empresas genera, en beneficio de los consumidores, productos y servicios a menores precios (reducción de costos), de mejor calidad (innovación), en mayor diversidad (innovación) y de más fácil acceso (distribución).

Estas eficiencias se consiguen cuando los agentes realizan sus intercambios libremente y actúan racionalmente haciendo que en el intercambio nadie empeore y todos mejoren. La intervención estatal también es racional, asignando titularidades y corrigiendo las fallas que se presentan en el mercado, desempeñando un rol subsidiario de la actividad empresarial. Entre las fallas del mercado podemos citar las barreras a la entrada y las restricciones monopólicas comprendiendo estas últimas el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias.

La actividad regulatoria de la competencia que cumple el Estado, se manifiesta dentro de la estructura del mercado combatiendo los monopolios y los oligopolios, entre otros, su ámbito de acción está orientado hacia donde la competencia es posible y deseable, cuyos sectores correspondan a todas las actividades económicas, siendo su objetivo primordial el de promover la competencia.

6.1 CONTROL EX- ANTE Y EX – POST

Este ente ejerce el control de conductas o estructuras restrictivas de la libre competencia ex – ante : control de concentraciones empresariales y ex – post : abuso de posición de dominio y prácticas colusorias. El control ex – ante faculta a la Comisión de Libre Competencia a intervenir solo en las concentraciones empresariales que se produzcan en el sector eléctrico. La Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, dispone en el Artículo 3 que las empresas deben solicitar a esta Comisión una autorización previa respecto a cualquier acto de concentración que involucre a empresas que desarrollan

actividades de generación y/o transmisión y/o distribución, que previa o posteriormente a su solicitud, posean de manera conjunta o separada, 15% del mercado (concentración horizontal, no vinculadas) o 5% del mercado (concentración vertical, vinculadas).

Si los actos de concentración puedan tener como efecto el disminuir, dañar o impedir la competencia, la Comisión podrá adoptar las siguientes medidas:

- a) Sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de las condiciones que determine;
- b) Ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda; e,
- c) Imponer multas.

En cuanto al control ex – post, la Comisión es competente para sancionar por abuso de posición de dominio o prácticas en cualquier actividad económica. Sin embargo, en el caso de conductas susceptibles de afectar los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones, el organismo competente para sancionar tales conductas es el OSIPTEL.

6.2 POSICIÓN DE DOMINIO

El concepto de posición de dominio está relacionado a lo que la teoría económica conoce como poder de mercado. Se sostiene que el poder del mercado es la capacidad de una empresa de elevar el precio por encima de niveles competitivos, sin que disminuyan sus ventas tan

rápido que el aumento del precio no resulte y deba ser revertido, esto es, la habilidad para fijar un precio por encima del costo marginal. Puede decirse que una empresa con un alto grado de poder de mercado ostenta posición de dominio.

Según el Artículo 4 del Decreto Legislativo 701, se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución.

Debe tenerse presente que la conducta que se sanciona no es la posición de dominio sino la de abuso de ésta posición de dominio, por el cual las empresas actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros. Son casos de abuso de posición de dominio :

- Negativas injustificadas de contratar

- Discriminaciones injustificadas entre competidores

- Imposición de ventas amarradas

- Otros casos de efecto equivalente como distribución exclusiva y venta exclusiva, etc.

6.3 PRÁCTICAS COLUSORIAS

Son aquellas que se realizan entre empresas que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia en detrimento de los consumidores, de otros competidores y/o de los proveedores. Las más conocidas son ***los acuerdos entre competidores y las decisiones y recomendaciones.***

Se entiende por acuerdo colusorio entre competidores a todo concierto de voluntades (convenio) mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia. Este actuar coordinado puede ser expreso (en el caso de los acuerdos colusorios propiamente dichos y las prácticas concertadas) o tácito (caso de colusión tácita o prácticas conscientemente paralelas).

Los acuerdos colusorios propiamente dichos se diferencian de las prácticas concertadas por el hecho de que los primeros generalmente son demostrados mediante prueba directa (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, etc.) mientras que las segundas designan aquellos casos en los que, si bien no existe prueba directa de la realización de un acuerdo entre las empresas investigadas, su actuación no puede ser explicada sin una coordinación consciente.

Los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas o corporaciones con fines o efectos contrarios a la competencia

constituyen **decisiones** si tienen carácter vinculante, o **recomendaciones** si tienen únicamente carácter orientador. Es decir, la decisión puede ser de obligatorio cumplimiento, en virtud de las normas que rijan la asociación en cuyo seno se ha adoptado, o puede no ser obligatoria y tratarse simplemente de una recomendación.

6.4 CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES

La política de control de concentraciones supone un juicio sobre el impacto de una fusión o compra de una sociedad sobre las condiciones de competencia existentes en el mercado, antes de que dicha operación se produzca.

El objetivo genérico del sistema es buscar competencia en los sectores donde la misma sea posible y su racionalidad es que resulta mejor prevenir que las empresas obtengan poder de mercado que controlar dicho poder una vez que lo hayan alcanzado.

Entre los supuestos que generan concentración empresarial, podemos citar los siguientes:

- La fusión de empresas no vinculadas entre sí.
- La constitución de una empresa en común entre personas no vinculadas entre sí.
- La adquisición de activos productivos de otras empresas no vinculadas.
- La adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas no vinculadas, a través de la adquisición de acciones,

participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiere el control directo o indirecto de una empresa, incluyendo la celebración de contratos de joint venture, asociación en participación, o usufructo de acciones o participaciones, contratos de gerencia, de gestión y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares.

Podemos apreciar que el elemento característico y distintivo en los casos mencionados radica en que las empresas involucradas no deben estar vinculadas económicamente, para que se de el efecto de la concentración empresarial.

En el análisis de las concentraciones se debe tener en cuenta las eficiencias económicas, tomándose para ellas aquellas que signifiquen eficiencias productivas e innovativas. De esta, manera las empresas involucradas deberán demostrar lo siguiente:

- La concentración empresarial está en la capacidad de efectuar mejoras significativas en eficiencias económicas.
- Dichas eficiencias se traducen en ahorros, en costos o en mejoras en innovación.
- Tales eficiencias no pueden alcanzarse por otros medios.
- Garantizar que la concentración no resultará una reducción de la oferta en el mercado.

Podemos citar como ejemplos de eficiencias económicas a las siguientes:

- Mejor utilización de la capacidad instalada

- Reducción de gastos administrativos y comerciales.
- La obtención de sinergias de escala.
- La maximización de canales de distribución.
- Mejoramiento en uso y disponibilidad de tecnología.
- Disminución de costos de transporte.
- Focalización de actividades y otros.

Por último, debemos reiterar en este rubro lo que ya hemos comentado respecto al control de concentraciones en el sector eléctrico que permite los actos de concentración del tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o transmisión y /o distribución, que no impliquen una disminución, daño o restricción a la competencia y libre concurrencia a los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados.

Para este régimen, concentración es la fusión, la adquisición de acciones, la compra de activos, el acto, contrato o figura jurídica incluyendo legados, por la cual se produzca una concentración entre competidores, proveedores, clientes accionistas o cualquier otro agente económico.

6.5 PROPUESTA DE CONTROL DE FUSIONES

El INDECOPI ha reafirmado recientemente la necesidad de contar en el país con una nueva Ley de Defensa de la Competencia que permita un mejor funcionamiento del mercado, tal como ocurre en diversos países de Europa, Asia y América.

Dentro de este contexto, en la propuesta para contar con una norma de tal dimensión presentada por este organismo, se busca incluir un capítulo de control previo de fusiones de sociedades, para evitar que éstas se transformen en monopolios anticompetitivos.

Esta entidad considera que las concentraciones de las empresas producen complicaciones no solo en el mercado, sino también entre los consumidores, las empresas que participan en él y entre los nuevos agentes económicos que buscan ingresar a competir.

En la referida propuesta normativa se ha tenido en cuenta que el mercado peruano, al ser pequeño, debe contar con una política de control empresarial a fin de garantizar la competencia y proteger a los consumidores de posibles abusos.

En opinión del INDECOPI, el control de las fusiones empresariales no frenará las inversiones como podría temerse, pues en ninguno de los países donde existen normas de este tipo se ha reportado alguna retracción en la inversión.

La iniciativa en mención se encuentra en trámite como Proyecto de Ley No. 14199/2,005-CR : Ley de Defensa de la Competencia, al cual hemos logrado tener acceso, lo que nos permite comentar los aspectos que son de nuestro especial interés.

Consagra como finalidad la eliminación de las conductas que sean contrarias a la dinámica de la competencia en el mercado y postula la búsqueda del mayor beneficio posible para los consumidores.

Considera que la competencia motiva a los empresarios, a los trabajadores, a todos los agentes económicos a mejorar para alcanzar la eficiencia porque de ésta dependerá su bienestar, es decir que la libre competencia estimula la eficiencia permitiendo que las empresas produzcan más y mejores bienes y servicios a menores costos, mejorando su competitividad, esto es, la capacidad de participar en forma activa en el mercado ofreciendo sus productos adecuados a las necesidades de sus clientes.

En el Título V regula el control de concentraciones empresariales, disponiendo en el Artículo 37 que están sometidas al procedimiento de autorización, las operaciones de concentración que se realicen en cualquier sector siempre que el volumen de ventas global en el territorio nacional de las empresas participantes supere en el último ejercicio la cantidad de 100,000 UIT. También dispone, criterio con el cual discrepamos, que cuando participe una empresa integrante de un grupo económico, deberá considerarse el total de ingresos de éste para determinar el volumen de ventas indicado.

El Artículo 39 contempla las operaciones económicas bajo las cuales se puede producir concentración de empresas. Estas son:

1. La fusión de dos o más empresas
2. La toma de control de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico; o,
3. La creación de alguna empresa en común o la adquisición del control conjunto sobre una empresa.

Las operaciones de concentración no surtirán efecto ni podrán ejecutarse sin la autorización del INDECOPI, a tenor de lo que dispone el Artículo 41 de este Proyecto. La solicitud para obtener la autorización deberá ser recaudada, además de los requisitos correspondientes, con el comprobante que acredite el pago de una tasa equivalente al 0.1% del valor total de la operación hasta un límite de 50 UIT. El incumplimiento de esta disposición constituye infracción grave que acarrea la imposición de una multa por un importe no menor de 1 UIT ni mayor de 10 UIT.

VII. CONCLUSIONES

7.1 DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

En este estado, nos encontramos en capacidad de sostener que los objetivos trazados en el trabajo que hemos realizado, han sido cumplidos, comprendiendo inclusive otros logros adicionales que ameritan y aconsejan continuar con la investigación.

La crisis económica, administrativa u operativa por la que atraviesa una empresa en determinado momento, exige de inmediato la necesidad de iniciar una reingeniería de la misma, y constituyen las razones que sirven de fundamento para inicio del proceso.

Este ha sido el punto de partida de nuestro trabajo y que luego de la investigación efectuada, llegamos a la conclusión que el proceso de escisión de sociedades es un mecanismo adicional que conduce el fenómeno económico conocido como concentración empresarial. Pero cabe destacar que no todo proceso de escisión produce este efecto, sino sólo en determinados supuestos de observancia obligatoria.

En efecto, como ya lo hemos señalado, la escisión es un mecanismo que puede adoptar dos tipos distintos siguientes: i) propia o total y ii) impropia o parcial, distinguiéndose entre sí, principalmente, en la segregación total o parcial del patrimonio de la sociedad que se escinde. Para que se produzca este fenómeno, el tipo de escisión que acuerde la Junta General de Accionistas debe ser la propia o total, que

va a implicar que todo el patrimonio de la sociedad en reorganización se segregue en varios bloques patrimoniales que serán destinados a empresas beneficiarias.

Luego, concluimos que la sociedad escidente debe tener un objeto social variado, las que luego de la reorganización efectuada serán transferidas a las empresas pre-existentes, quienes continuarán en la etapa post-reingeniería, desarrollándolas regularmente.

Asimismo, sólo pueden ser beneficiarias de los bloques segregados, empresas pre-existentes, es decir, que ya se encuentren operando y que han decidido participar en el proceso; por tanto, no estarían los casos de constitución de nuevas empresas producto de la asignación de un bloque patrimonial con el cual nacen, ya que este sería el caso típico del efecto inverso, esto es, de desconcentración empresarial.

Finalmente, el último supuesto, y tal vez el determinante para que se de la concentración de empresas, consiste en que la asignación del número de bloques segregados tenga por destino a empresas beneficiarias, de manera que si una sociedad se escinde en cuatro bloques patrimoniales y cada uno de ellos es destinado a distintas empresas pre-existentes, se produce un efecto de concentración en todas y cada una de las beneficiarias de la escisión, toda vez que con los mismos patrimonios después de terminado el proceso de escisión quedan un número menor de empresas.

También debe puntualizarse que todas las sociedades intervinientes en los procesos evaluados, tienen una connotación común de disponer de

una administración y/o participación accionarial comunes, de lo que se infiere que, en cada caso, se tratan de sociedades vinculadas entre sí.

De otro lado, merece resaltar la viabilidad y el apoyo que el marco legal peruano le concede a este mecanismo de reorganización de sociedades, integrado por los dispositivos aplicables como la Constitución, la nueva Ley General de Sociedades y la Legislación Tributaria, entre otras. De esta manera, se le ha dado al proceso, el debido soporte jurídico que garantice la plena validez de los acuerdos, ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad privada, transferencias patrimoniales, derechos de los accionistas, crédito de terceros y beneficios; y también se le dota de características novísimas que permite ubicarlo a la par de otros países que cuentan con avanzada legislación.

Concluimos también que la reorganización de sociedades en el Perú, es ahora en forma más palpable, como en otros países que marchan a la vanguardia en la materia, un proceso en que no sólo es suficiente la intervención de abogados, sino también se requiere el concurso de otros profesionales afines como contadores, administradores, financistas, economistas, etc; vinculados a la actividad comercial, para que de manera conjunta aporten sus conocimientos y experiencias brindando el asesoramiento multidisciplinario necesario para la bondad del proceso.

A manera de corolario, y en abono a lo recientemente expuesto, debemos destacar que los aspectos jurídicos que consideramos involucrados en los tres procesos de escisión, materia de investigación,

han concurrido exacta y nítidamente en todos y cada uno de ellos, corroborando nuestra conclusión que en estos supuestos, la escisión de sociedades implica concentración empresarial

(Ver Cuadro No. 3)

También hemos tenido oportunidad de apreciar que en la generalidad de los casos investigados, la escisión de sociedades como institución jurídica recientemente incorporada a nuestra legislación societaria, es un mecanismo no deseado ni previsto en el fenómeno económico de la concentración de empresas. En ninguno de los casos examinados, hemos encontrado voluntad alguna de las empresas involucradas, de reorganizarse para lograr una concentración de actividades, ignorándose completamente este propósito; razón por la cual inferimos que este fenómeno no fue pretendido en ningún momento; tal vez porque no identifiquen a la escisión con este fenómeno, sino más bien lo asocien con la figura típica de la fusión.

Para terminar, hemos concluido además, que en el Perú la cantidad de empresas que han participado en procesos de escisión desde Enero de 1998, fecha en que entra en vigencia la nueva LGS, es muy reducido, configurando un universo poco significativo en el que ha predominado mayoritariamente los casos de escisión impropia o parcial que genera desconcentración. Hasta la fecha, son escasas las escisiones, del tipo propia o total, que son las que producen el efecto de concentración empresarial. Estimamos, sin temor a equivocarnos, que por ser un instituto novísimo y complejo, la escisión aún es un procedimiento de reorganización de sociedades poco conocido, motivo por el cual no es muy utilizado.

De esta manera, podemos afirmar que nuestras hipótesis formuladas y después de haber sido debidamente contrastadas en la investigación que hemos realizado, han sido comprobadas plenamente.

7.2 DE LA AMPLIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Después de haber evaluado el caso objeto de la investigación ampliatoria, podemos confirmar que el conocimiento y uso del mecanismo de escisión de sociedades en el período estudiado, ha experimentado un incremento notable en la modalidad de escisión denominada parcial con efecto de desconcentración y dentro de este tipo la modalidad más común que adopta la mayoría de casos, es el de la sociedad que segrega un solo bloque patrimonial el que será transferido a otra sociedad pre-existente.

Sucedió todo lo contrario con el tipo de escisión total el que no experimentó mayor difusión manteniendo un uso discreto, inclusive dentro de un período de mayor duración en el que supuestamente habría un mayor dominio y conocimiento de la norma y por ende del instituto. Esta casi nula acogida por parte de la comunidad científica llama a la reflexión sobre el posterior uso o, tal vez, desuso que pueda experimentar esta modalidad.

También nos interesó ver el comportamiento de estos procesos de escisión dentro de un entorno económico distinto, en el que la necesidad de una mayor competitividad pueda reflejarse en una concentración empresarial. Apreciamos que aquélla exige que las

empresas se hagan fuertes y se organicen mejor para subsistir y para no sucumbir ante las estrategias que plantea la competencia.

Las sociedades se agrupan de diversas formas para competir en mejores condiciones y lograr consolidarse en el mercado en esta nueva realidad económica que atraviesa nuestro país en estos últimos tiempos. Los niveles de competitividad son mayores y han obligado a las empresas a adecuarse a esta situación para defender posiciones comerciales ganadas y a planificar las posibilidades de tentar suerte en el exigente mercado internacional.

La competitividad se convirtió en el argumento primordial de la preocupación de los administradores de las empresas para adoptar acuerdos de reorganización de las mismas, pasando por encima de otros factores ya conocidos como la ineficiencia, el gigantismo, los sobre costos, la falta de dinamismo, entre otros, que eran preponderantes en el entorno económico anterior (1998-2000).

Asimismo, se ratifica que para que el mecanismo de escisión constituya un procedimiento que produzca concentración de empresas, deben concurrir los supuestos ya señalados en nuestra investigación inicial. Cabe mencionar, que en el caso materia de la ampliación de este estudio, no hemos hallado ningún indicio que refleje la intención de las sociedades participantes de convertir a la escisión en una vía para concentrar actividades. Todo lo contrario, solo hemos encontrado evidencias suficientes que nos amparan para afirmar que el único objetivo que han buscado estas sociedades es reorganizarse merced a esta institución.

Concluimos también en la necesidad del concurso de profesionales especialistas en materia afines a este proceso, para que sean consultados y brinden sus conocimientos y experiencia como soporte de las resoluciones que tomen los administradores y accionistas.

Finalmente, considerando a contrariu sensu los supuestos que para el INDECOPI producen concentración, no se producirá este efecto en los casos en que exista vinculación económica entre las empresas que intervienen en un proceso de reorganización de sociedades.

VIII. RECOMENDACIONES

8.1 DE LA INVESTIGACIÓN REALIZADA

La nueva LGS trae la novedad que la fusión y escisión de sociedades, estén antecedidas por un Proyecto que contiene el resultado de las negociaciones efectuadas por los administradores de las sociedades participantes. Este proyecto requiere ser aprobado por estos administradores y luego por los accionistas o socios.

Según esta norma, el Proyecto debe contener imperativamente la información resultante de las negociaciones efectuadas por los administradores. Dentro de ella, se prevé la explicación de los principales aspectos económicos y jurídicos de la operación. Esta información es de carácter general y comprende las razones de carácter jurídico o económico que han llevado a la empresa a tomar la decisión de escindirse, la forma cómo ésta se realiza, las modalidades jurídicas a emplearse y las ventajas que representa para la sociedad la operación de escisión.

A nosotros nos parece una disposición clara, que refleja el interés de la ley que la escisión tenga la fundamentación suficiente que todo acuerdo de esta envergadura debe tener. No obstante, en la práctica hemos tenido oportunidad de corroborar que esto no se da a plenitud, ya que la información que suele correr en el Proyecto no es explicada en forma motivada. Lo común es encontrar una breve declaración referente a las

razones por las que se opta por la decisión de escindir la sociedad hecha por los propios administradores sin mayor fundamento.

En los casos analizados motivo de nuestra investigación y en la casuística conocida, hemos podido apreciar que no existen o, eventualmente, no se acompañan los informes económicos o de otra índole que puedan haberse contratado especialmente y que sirvan tanto de ilustración como de sustento para la adopción del acuerdo.

Es cierto que en no todos los casos se recurre a la opinión técnica, por no creerlo necesario o por razones de costos, siendo suficiente la experiencia comercial que tienen los administradores sobre el negocio, lo que encuentra apoyo en la norma puesto que ésta considera la consulta técnica como una opción mas no como una obligación.

El motivo de la explicación de los aspectos económicos del Proyecto de Escisión, ha sido el de brindar información pertinente sobre las razones por las cuales la sociedad opta por un proceso de escisión y las ventajas que le representará llevar a cabo una operación de este tipo.

La segregación patrimonial que realiza la sociedad escidente y su posterior asignación a las sociedades beneficiarias, constituye sin duda alguna, una decisión de enorme trascendencia para dicha sociedad, toda vez que puede llevar a la extinción de la sociedad o un desprendimiento patrimonial que pueda reflejarse en una modificación del objeto social con las siguientes implicancias de carácter comercial. Entonces, ante este panorama, ¿no sería aconsejable que los administradores, propulsores del proceso y responsables de informar a

los socios sobre todos los aspectos importantes de la escisión por mandato expreso de la ley, se procuren de los informes de profesionales con el objeto de sustentar científicamente la propuesta ante los accionistas?

En la doctrina existe consenso sobre esta participación de técnicos de diversas especialidades en los procesos de fusión y de escisión de sociedades por la importancia y utilidad que tiene para los administradores, ya que sería muy optimista pretender que éstos abarquen todos los temas que puedan demandar estos mecanismos reorganizativos, que tienden a irse progresivamente usando más como resultado del ingreso a una era de modernidad que nos ha de permitir el desarrollo. Lamentablemente en la práctica no es un procedimiento habitual y generalizado en las sociedades que deciden reorganizarse bajo cualesquiera de estos dos mecanismos.

De allí nuestra inconformidad con la opción contenida en el Numeral 11 del Artículo 372 de la LGS y sugerencia de modificación de tal manera que se establezca que todo Proyecto de Fusión y Escisión, deben ser recaudados con informes técnicos que lo fundamenten convenientemente, para que así, la preocupación del legislador no sea meramente declarativa sino efectiva y coherente con los otros requisitos que mandatoriamente dispone que contenga el proyecto.

Hemos visto también que la escisión suele ir acompañada complementariamente de contratos, convenciones o acuerdos de carácter comercial, que son celebrados entre las sociedades intervinientes para regular sus campos de acción o entre accionistas de

las mismas respecto a intereses particulares. La existencia de estos instrumentos por ser ocasional, no se verifica necesariamente en todos los procesos de escisión y se derivan generalmente de la etapa negocial; es por ello que somos de la opinión que en los casos en que concurren necesariamente deben ser de conocimiento de las sociedades involucradas, las que deberán registrarlos al igual como se procede en los casos de los convenios de accionistas, para que tengan la validez legal correspondiente.

8.2 DE LA AMPLIACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El proyecto al ser instrumento de vital importancia, debe contener por disposición de la ley la información respecto a los términos y condiciones en las que se llevara a efecto la escisión. Por ello creemos que el acta de Sesión de Junta de Directorio en la cual corre el proyecto, deba ser insertada en la escritura tal vez como una buena práctica mas que un mandato, debido a que por su trascendencia, nos parece debe figurar dentro de los antecedentes del proceso.

Dentro de esta información, el rubro referido a los aspectos económicos es quizás el de mayor relevancia porque explica las razones de carácter comercial y financiero que beneficiarán a las sociedades involucradas que llegan a tomar el acuerdo. De igual manera, sucede con los informes profesionales que son de gran utilidad para los administradores y para los accionistas, que les permite dotar al proceso de una adecuada sustentación. Observamos por lo menos en el caso adicional investigado, referencias de haber contratado a asesores contables y legales expertos en el tema y de haber tenido a la mano sus

informes emitidos al momento de deliberar. Esto es un avance respecto al período anterior evaluado y constituye una acertada política gerencial de convocar la asesoría profesional para decisiones de esta importancia.

En la actualidad, el objetivo del sistema de control de concentraciones empresariales del INDECOPI es buscar la competencia, desarrollar políticas orientadas a prevenir que las empresas obtengan poder de mercado antes que hayan alcanzado dicho poder y establece los supuestos que generan este efecto económico.

Dentro de éstos, encontramos a la fusión como único mecanismo de reorganización de sociedades, por ser considerado quizás como el proceso típico de concentración. El Artículo 39 del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, también la incorpora como una de las operaciones económicas que produce este efecto.

Hemos comprobado tanto en la investigación inicial y luego en la ampliación de la misma, que el efecto de concentración que se obtiene a través del mecanismo de escisión, no es muy conocido ni se ha dado con tal intención en la práctica, aunque teóricamente ha sido tratado por la doctrina nacional como la extranjera.

Los casos analizados nos reflejan que los administradores no conciben a la escisión como un medio para concentrar, pudiéndose percibir que les resulta irrelevante, porque no lo buscan ni desean. Igualmente, estimamos que la comunidad científica no usa el instituto para tales fines, recurriendo en todo caso al proceso de fusión.

Esta debe ser la razón por la cual tanto en el sistema actual como en el de control previo del Proyecto de Ley, no se incluya a la escisión como operación que produce concentración. No obstante, no debe ser ajeno al INDECOPÍ los alcances que podría tener un proceso de escisión total que se verifique dentro de los supuestos que producen concentración.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ARZAMENA, María Jesús, Las Concentraciones de Empresas en la Comunidad Europea., Editorial Civitas y Fundación Universidad Empresa, Madrid.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo, Comentarios a la Nueva Ley General de Sociedades, Gaceta Jurídica Editores, Lima.

CERDA ALBERO, Fernando, Escisión de la Sociedad Anónima, Tirant Lo Blanch, Editor, Valencia, 1993.

DUQUE DOMINGUEZ, Justino F., Escisión de Sociedades, Editorial Civitas, Madrid, 1978.

ELIAS LAROZA, Enrique , Derecho Societario Peruano, Tomo III, Editorial Normas Legales, Primera Edición, Trujillo-Perú, 1999.

FARGOSI, Horacio, La Escisión en la Ley de Sociedades, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1978.

GIRON TENA, José, Derecho de Sociedades, Tomo I, Artes Gráficas Benzal, Madrid, 1976.

GUASCH MARTORELL, Rafael, La Escisión de Sociedades en el Derecho Español, Civitas, Madrid, 1993.

GUYENOT, Jean, Curso de Derecho Comercial, Vol.I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

HERNANDEZ GAZZO, Juan Luis, Reorganización de Sociedades: fusión y escisión, Ius Et Veritas No. 14, Lima, 1997.

HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNANDEZ COLLADO, Carlos, BAPTISTA LUCIO, Pilar, Metodología de la Investigación, McGraw-Hill, Segunda Edición, México, 1998.

HILL, CHARLES W.L. y JONES, GARETH R., Administración Estratégica un Enfoque Integrado, 3ª. Edición, McGraw-Hill, Bogotá, 1996.

INDECOPI, Comisión de Libre Competencia, Exposición sobre Libre Competencia, Lima 2005.

KOONTZ, Harold y WEIHRICH, Heinz, Administración una perspectiva global, McGraw-Hill, Décima Edición, México 1994.

LLANO C. Carlos, Análisis de la acción directiva, Editorial Limusa, Primera Edición, México, 1979.

MARINA GARCIA-TUÑÓN, Angel, Análisis del Régimen de la Escisión Parcial, Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, T. II, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

MEDRANO CORNEJO, Humberto, Fusión, Escisión, Costo Computable y vida útil de los bienes revaluados, Revista Análisis Tributario, Lima, Noviembre 1999.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS, Informe Economía 2001 – 2005, Lima Junio 2006.

MORALES ACOSTA, Alonso, Concentración Empresarial: fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades, Universidad de Lima Fondo de Desarrollo Editorial, 1998.

OLEO BANET, Fernando, La Escisión de la Sociedad Anónima, Civitas, Madrid, 1995.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel, Fusión y Escisión de Sociedades y Restricciones Estatutarias, Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Manuel Broseta Pont, Tomo II, Madrid.

OTAEGUI, Julio César, La Fusión y Escisión de Sociedades Comerciales, Editorial Abaco, buenos Aires, 1981.

OTAEGUI, Julio César, Concentración Societaria, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1984.

PARKIN, Michael, Microeconomía , Addison-Wesley Iberoamericana, Segunda edición, USA, 1995.

REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA, No. 48, Junio, 1998, Lima.

RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, Transformación, Fusión y Escisión de la Sociedad Anónima, Editorial Civitas, Primera Edición, Tomo IX, Vol. 3, Madrid, 1993.

SALAS SANCHEZ, Julio, Fusión y Escisión de Sociedades, Revista Valores, Lima, 1998.

SALAS SANCHEZ, Julio, La Concentración Empresarial, En : Diario Oficial El Peruano B-11, 19 de Mayo de 1994.

SAMUELSON, Paul A. y WILLIAM D. NORDHAUS, Economía, McGraw-Hill. 12ª. Edición, México, 1986.

SANCHEZ OLIVAN, José, La Fusión y Escisión de Sociedades, Editoriales de Derecho, Madrid, 1978.

SASOT BETES, Miguel y SASOT, Miguel P., Sociedades Anónimas constitución, modificación y extinción, Editorial Abaco, Segunda Edición, Buenos Aires, 1982.

THOMPSON, ARTHUR A. y STRICKLAND, A.J., Administración Estratégica, 11ª. Edición, McGraw-Hill, México, 2001.

URIA, Rodrigo, Curso de Derecho Mercantil, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

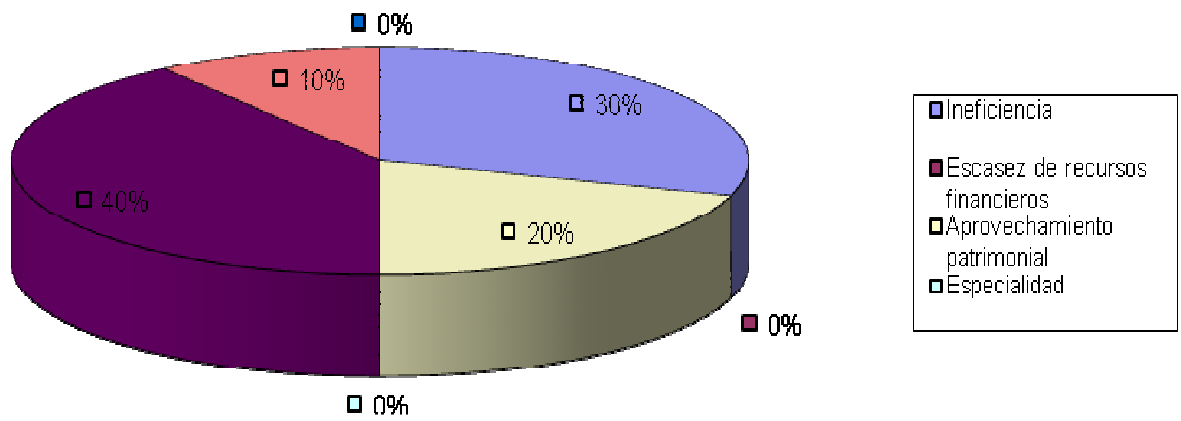
URIA , Rodrigo, MENENDEZ, Aurelio, IGLESIAS PRADA, Juan Luis,
Curso de Derecho Mercantil, Fusión y Escisión de Sociedades, Capítulo
52, Editorial Civitas, Madrid, 1999.

VICENT CHULIA, Francisco, Introducción al Derecho Mercantil, Tirant lo
Blanch, Valencia, 1999

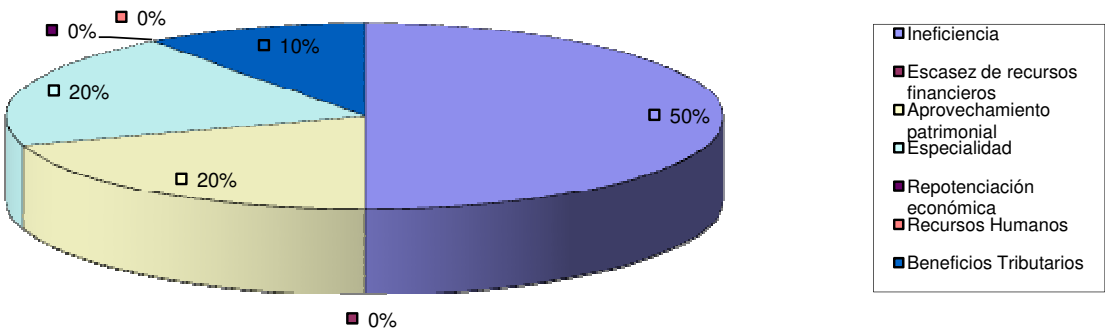
X. ANEXOS

Cuadro N° 1			
Ponderación de indicadores de carácter económico por empresa (V.i. Reingeniería de la sociedad escidente)			
	Alfa	Beta	Gamma
Ineficiencia	30%	50%	20%
Escasez de recursos financieros			30%
Aprovechamiento patrimonial	20%	20%	30%
Especialidad		20%	10%
Repotenciación económica	40%		
Recursos Humanos	10%		
Beneficios Tributarios		10%	10%
TOTAL	100%	100%	100%

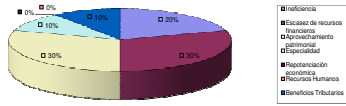
Indicadores económicos
ALFA



Indicadores Económicos
BETA

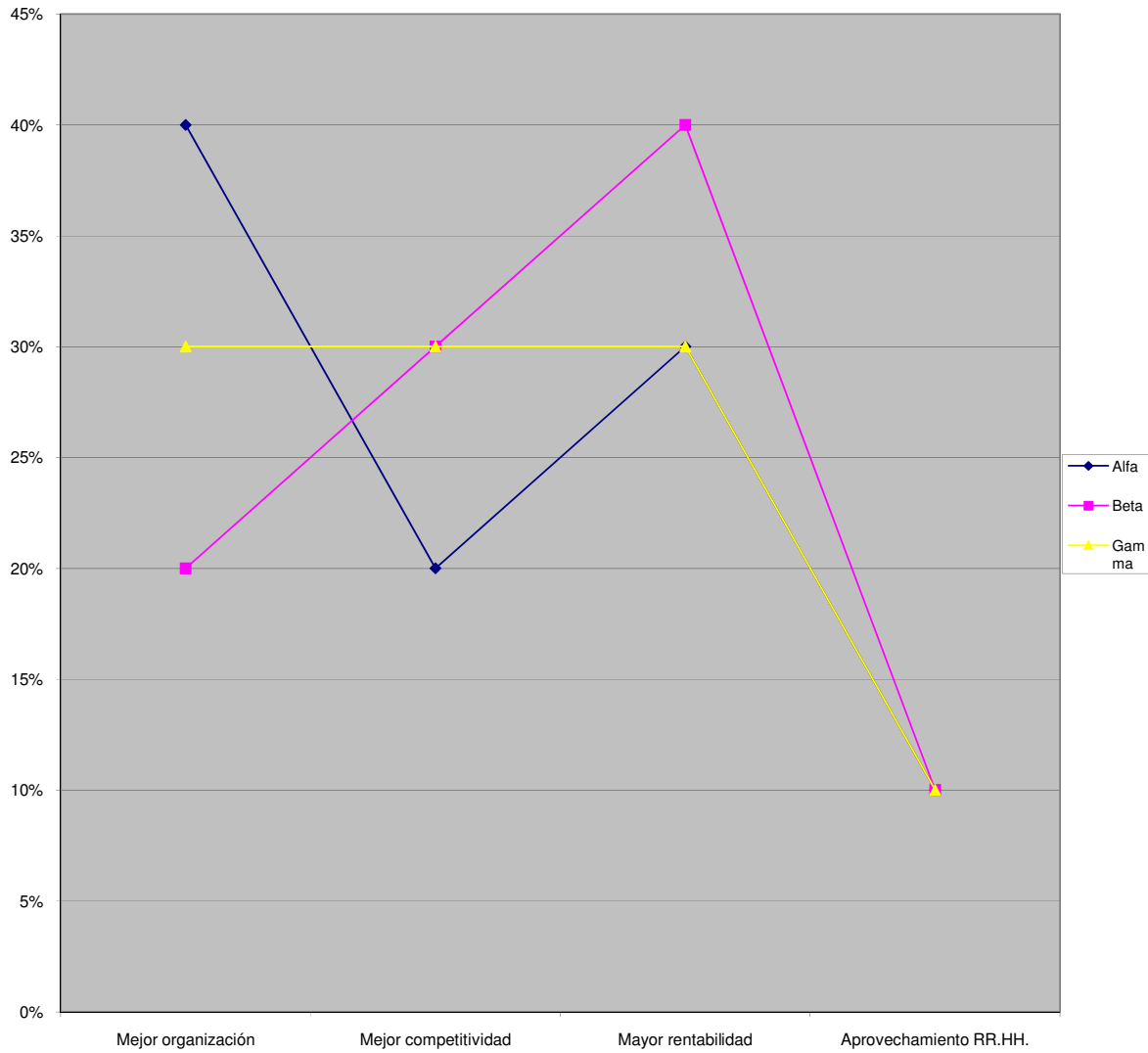


Indicadores Económicos
IAMMA



Cuadro N° 2			
Ponderación de indicadores de carácter económico por empresa (v.i. Concentración empresarial)			
	Alfa	Beta	Gamma
Mejor organización	40%	20%	30%
Mejor competitividad	20%	30%	30%
Mayor rentabilidad	30%	40%	30%
Aprovechamiento RR.HH.	10%	10%	10%
TOTAL	100%	100%	100%

Ponderación de indicadores de carácter económico por empresa



Cuadro N° 3			
Tabulación de supuestos jurídicos que producen concentración empresarial			
	Alfa	Beta	Gamma
Escisión propia / total			
Objeto social complejo			
Asignación bloques menor # empresas			
Empresas beneficiarias pre existentes			
Apoyo del marco legal			
Asesoramiento multidisciplinario			